Bodo Heinrich

Die verfassungswidrige Beweislastnorm

– zugleich ein Beitrag
zu den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB –

~~1985~~
1904
Diss
Münster

Die verfassungswidrige Beweislastnorm
- zugleich ein Beitrag zu den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB -

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich der Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Bodo Heinrich
aus Hamm

Erster Berichterstatter: Prof. Dr.Dr. Lukes
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Erichsen
Dekan: Prof. Dr. Großfeld
Tag der mündlichen Prüfung: 4. Juli 1984

INHALT

Erster Teil: Einleitung und Problemstellung 1

A. Die Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB - Anlaß und Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Frage 7

I. Die gesetzliche Regelung 8

II. Die rechtliche Qualifizierung der Vermutungen 12

III. Die verfassungsrechtliche Diskussion 20

IV. Resümee 25

B. Die Frage nach der verfassungsmäßigen Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt in anderen Regelungsbereichen 33

I. Zum Problem der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen 33

II. Zur "Verfassungstreue" im Beamtenrecht 36

III. Zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Recht und Technik 38

IV. Zum zivilen Haftungsrecht 40

C. Die Regelung der Beweislast im Spannungsverhältnis zwischen materiellem Recht, Verfahrensrecht und Verfassungsrecht 43

I. Die Regelung der Beweislast als gesetzgeberisches Problem 44

II. Die verfassungsrechtliche Dimension der Regelungsaufgabe 49

Zweiter Teil: Beweislastnormen und gesetzliche widerlegliche Vermutungen in der Rechtsordnung 52

A. Die Beweislastnormen 55

I. Zur Erforderlichkeit von Beweislastnormen 55

II. Die prozessualen Auswirkungen der Beweislastnormen 60

1. Die Feststellungslast (objektive oder materielle Beweislast) 61
2. Die Behauptungslast und die Beweisführungslast (subjektive oder formelle Beweislast) 62
3. Die Grundsätze der Beweislastverteilung 66
4. Zum Verhältnis zur richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung 79
5. Zum Einfluß auf die Sachverhaltsaufklärung 83
6. Zur Abgrenzung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage 86

III. Die außerprozessualen Auswirkungen der Beweislastnormen 92
1. Der Einfluß auf die Rechtswirklichkeit 93
2. Die Bedeutung für die Verwaltungsentscheidung 95

B. Die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen 105

I. Die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen als Beweislastsondernormen 105

II. Die prozessualen Auswirkungen gesetzlichen widerleglichen Vermutungen 109
1. Zur Feststellungslast, Behauptungs- und Beweisführungslast 109
2. Zum Verhältnis zur richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung 114
3. Zum Einfluß auf die Sachverhaltsaufklärung 118
4. Gesetzliche widerlegliche Vermutungen und Rechtsfrage 120
5. "Verwandte" Begriffe und Erscheinungsformen 123
a) Vermutungen nach allgemeinem Sprachgebrauch 124
b) Die unwiderleglichen gesetzlichen Vermutungen und Fiktionen 127

c) Der Anscheinsbeweis und die "tatsächlichen Vermutungen" 129

d) "Normativ bestimmte Vermutungen" oder "Ausgangsvermutungen" 135

e) Die "Aufgreifkriterien" 137

III. Die außerprozessualen Auswirkungen der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen 142

1. Der Einfluß auf die Rechtswirklichkeit 142

2. Die Bedeutung für die Verwaltungsentscheidung 144

Dritter Teil: Die verfassungsrechtlichen Grenzen von Beweislastregelungen 149

A. Verfassungsrechtliche Aspekte der Beweislastverteilung im Schrifttum und in der Rechtsprechung 150

I. Ansätze im Schrifttum 150

1. Zum Strafprozeß 150

2. Zum Verwaltungsprozeß 152

3. Zum Zivilprozeß 154

II. Ansätze in der Rechtsprechung 154

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 155

a) Aus der Entscheidungspraxis 155

b) Stellungnahme 167

2. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 172

a) Aus der Entscheidungspraxis 173

b) Stellungnahme 177

3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 179

a) Aus der Entscheidungspraxis 179

b) Stellungnahme 180

III. Folgerungen 181

B. Verfassungsrechtliche Grenzen für Beweislastregelungen 183
I. Die Bedeutung der Grundrechte für die Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt 186
1. Die Bedeutung der "Freiheitsvermutung" 186
a) Der verfassungsrechtliche Ansatz 187
b) Stellungnahme 188
c) Folgerungen 199
2. Die Bedeutung der Gleichheitsrechte 207
a) Der verfassungsrechtliche Ansatz 208
b) Stellungnahme 209
II. Der Einfluß der rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und des Rechtsstaatsprinzips auf die Beweislastverteilung 216
1. Das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Gesetzesvorbehaltes und eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens 218
a) Verbindungslinien zur Beweislastfrage 218
b) Stellungnahme 220
2. Das Gebot eines rechtsstaatlich geordneten Gerichtsverfahrens 233
a) Verbindungslinien zur Beweislastfrage 233
b) Stellungnahme 238
3. Das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG 262
a) Verbindungslinien zur Beweislastfrage 262
b) Stellungnahme 263

4. Zum Grundsatz "in dubio pro reo" in Verbindung mit Bußgeldtatbeständen 265
a) Verbindungslinien zur Beweislastfrage 265
b) Stellungnahme 267
III. Zur besonderen verfassungsrechtlichen Problematik der Beweislast und der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen im technischen Sicherheitsrecht 280
1. Vorbemerkung und Ausgangspunkt 280
2. Die Einbeziehung technischer Normen in die Rechtsordnung 282
a) Die Bedeutung von Generalklauseln 282
b) Die verfassungsrechtliche Problematik von Verweisungen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen 289
IV. § 22 Abs. 3 GWB - eine verfassungswidrige Beweislastnorm? 296
1. Zur verfassungsrechtlichen Kritik auf der Grundlage einer Überbewertung der Vermutungswirkung 297
2. Zur verfassungsrechtlichen Kritik im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip 299
3. Die verfassungsrechtlich entscheidende Frage 303
a) Vereinbarkeit mit der unternehmerischen Wirtschaftsfreiheit 304
b) Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz 309
c) Zur Problematik der Bußgeldtatbestände 312

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
ÄndVO	Änderungsverordnung
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
allg.	allgemein
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ApothG	Apothekengesetz
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz
atw	Atomwirtschaft/Atomtechnik (Zeitschrift des Deutschen Atomforums)
Aufl.	Auflage
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BauO NW	Bauordnung Nordrhein-Westfalen
BayObLG	Bayerisches oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
BBahnG	Bundesbahngesetz
Bd.	Band
BEG	Bundesentschädigungsgesetz
Bem.	Bemerkung

Beschl.	Beschluß
BFH	Bundesfinanzhof
BG	Die Berufsgenossenschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungsammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BJagdG	Bundes-Jagdgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSeuchG	Bundes-Seuchengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buchholz	Sammlungs- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerwG, begründet von Karl Buchholz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich-Demokratische-Union
CSU	Christlich-Soziale-Union
DB	Der Betrieb
ders/dens.	derselbe, denselben
d.h.	das heißt
dies.	dieselben

DIN	Deutsches Institut für Normung e.V.
DIN-Norm	Technische Norm, hrsg. vom DIN
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DöV	Der öffentliche Dienst
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Deutsche Verwaltung (1943 - 1949); Die Verwaltung (seit 1968)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVGW	Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches (bis 1977: Deutscher Verein von Gas- und Wasserfachmännern)
DVO	Durchführungsverordnung
E	Entscheidung, Entscheidungssammlung
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EheG	Ehegesetz
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957 (BGBl. II S. 733, 766)
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FamRZ	Familienrechtszeitung
FGO	Finanzgerichtsordnung
FIW	Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GewArch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz

ggfs.	gegebenenfalls
GMBl.	Gemeinsames Ministerialblatt
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GtA	Gesetz über technischer Arbeitsmittel
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HpflG	Haftpflichtgesetz
i.d.F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
jew.	jeweils
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KTA	Korntechnischer Ausschuß
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
Lit	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (seit 1951)
LS	Leitsatz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MinBl.	Ministerialblatt
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NAG	Notaufnahmegesetz
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NW	Nordrhein-Westfalen
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PaßG	Paßgesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungssammlung des preußischen Oberverwaltungsgerichts
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Elektrizitätswirtschaft
Rdn.	Randnummer
RegE	Regierungsentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rspr.	Rechtsprechung
RTW	Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, hrsg. v. Lukes, Rudolf
S.	Satz, Seite, Siehe
s.	siehe
SGG	Sozialgerichtsgesetz
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
s.o.S.	siehe oben Seite
s.u.S.	siehe unten Seite
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz

StVZO	Straßenverkehrszulassungsordnung
TA Luft	Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft
TB	Tätigkeitsvericht des Bundeskartellamtes
Tz.	Textziffer
u.	unten, und
u.a.	und andere, unter anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VDE	Verband Deutscher Elektrotechniker
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WaffG	Waffengesetz
WiGBl.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WiStrG	Wirtschaftsstrafgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WpflG	Wehrpflichtgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der Zeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb der Entscheidungen des Bundeskartellamtes
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZHR	Zeitschrift für das geamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Literatur

Adler, Hans Peter	Nachträgliche Anforderungen an Gewerbebetriebe, Berlin 1970.
Albers, Hartmut	Atomgesetz und Berstsicherung für Druckwasserreaktoren, DVBl. 1978, S. 22 ff.
Albrecht, Wolfgang	Auskunftsersuchen in Verfahren nach § 22 ff. GWB, WuW 1982, S. 836 ff.
Arbeiter, Hans-Christian	Die Durchsetzung gesetzlicher Pflichten, Berlin/München 1978.
Arndt, Adolf	Beweislast für Kriegsdienstverweigerung? Eine Erwiderung, JZ 1960, S. 273 ff.
---	Das rechtliche Gehör, NJW 1959, S. 6 ff.
Auer, Wolfgang	Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, Diss. Mainz 1963.
Bachof, Otto	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE Band 13 - 19), JZ 1966, S. 302 ff.
---	Die richterliche Kontrolle im westdeutschen Verfassungsgefüge, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstat, Bern 1961, S. 26 ff.
---	Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 287 ff.
Backherms, Johannes	Das DIN Deutsches Institut für Normung e.V. als Beliehener - zugleich ein Beitrag zur Theorie der Beleihung, Schriften zum Wirtschafts-, Handels- und Industrierecht, Bd. 22, Köln/Berlin/Bonn/München 1978.

---	Die Haftung der Prüfstellen im Rahmen des Maschinenschutzgesetzes, GewArch. 1979, S. 119 ff.
---	Unzulässige Verweisung auf DIN-Normen, ZRP 1978, S. 261 ff.
---	Zur Einführung: Recht und Technik, JuS 1980, S. 9 ff.
Badura, Peter	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967), S. 382 ff.
---	Mitarbeiter in: Erichsen Hans-Uwe/ Martens, Wolfgang (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Berlin/New York 1981.
Battis, Ulrich	Rechtsprechung zur Radikalen-Frage, JA 1979, S. 73 ff.
---	Zum Ausschluß "verfassungsfeindlicher" Bewerber vom öffentlichen Dienst, JZ 1972, S. 384 ff.
Baumbach/Hefermehl	Wettbewerbsrecht, 13. Aufl., München 1981.
Baumbach, Adolf/ Lauterbach, Wolfgang/ Albers, Jan/Hartmann, Peter	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 41. Aufl., München 1983.
Baur, Jürgen F.	Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972.
---	Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1973, S. 915 ff.
Bechtold, Rainer	Marktbeherrschung, Preiskontrolle, Fusionskontrolle, DB 1974, S. 1945 ff.
---	Schwerpunkte der 4. GWB-Novelle. Anmerkungen zum Referentenentwurf, BB 1978, S. 565 ff.
Becker, Hans Joachim	Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Recht der Kriegsdienstverweigerung, DVBl. 1981, S. 105 ff.
Bender, Bernd	Der Verwaltungsrichter im Spannungsfeld zwischen Rechtsschutzauftrag und technischem Fortschritt. NJW 1978, S. 1945 ff.

Benisch, Werner	Das neugeregelte Diskriminierungsverbot, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, FIW-Schriftenreihe Heft 66, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, S. 123 ff.
---	Die Mißbrauchsaufsicht marktbeherrschender Unternehmen durch die Kartellbehörden und Gerichte, DB 1972, S. 173 ff.
---	Kommentierung zu § 26 GWB, in: Müller-Henneberg/Schwarz (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Aufl., 2. Lfg., Köln/Berlin/Bonn/München 1981.
Berg, Wilfried	Die Gewissensfrage - Entwicklungen der Judikatur zu den Beweisschwierigkeiten in Anerkennungsverfahren nach Art. 4 Abs. 3 GG, §§ 25 f., WpflG, MDR 1974, S. 793 ff.
---	Allgemein anerkannte Regeln der Technik im Verwaltungsprozeß, GewArch. 1978, S. 281 ff.
---	Die Beweislast im Verwaltungsprozeß am Beispiel des Wohngeldrechts - BVerwGE 44, 265, JuS 1977, S. 23 ff.
---	Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftsverwaltungsrechts, WuW 1982, S. 169 ff.
---	Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, Berlin 1980.
---	Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung 1976, S. 161 ff.
Bernotat, Wulf	Fusionskontrolle bei Oligopolen unter Berücksichtigung des Oligopoltatbestandes des § 23 a Abs. 2 GWB, WuW 1980, S. 713 ff.
Bettermann, Karl August	Die Beweislast im Verwaltungsprozeß, in: Verhandlungen des 46. DJT, München/Berlin 1967, Bd. II, E 26 ff.
---	Zur Beweislast im Verwaltungsprozeß. Eine Entgegnung, DVBl. 1957, S. 84 ff.

Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht, Berlin/ Göttingen/Heidelberg 1963.
Blümel, Willi	Die Standortvorsorgeplanung für Kernkraftwerke und andere umweltrelevante Großvorhaben in der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1977, S. 301 ff.
Böckenförde, Ernst Wolfgang	Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1964.
Börner, Bodo	Preiskontrollen durch Kartellbehörden nach § 22 GWB, in: VEnergR Bd.39/40, Düsseldorf/Frankfurt 1977, S. 6 ff.
Bötticher, Eduard	Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburger Universitätsreden, Heft 16, 2. Aufl., Hamburg 1961.
Bräutigam, Horst	Aspekte der Grundrechtsverwirklichung im Wehrpflichtrecht, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 77 ff.
Breuer, Rüdiger	Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG im Genehmigungsverfahren, DVBl. 1978, S. 28 ff.
---	Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR 101 (1976), S. 46 ff.
Brinkmann, Werner	Die Verbraucherorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Tätigkeit bei der überbetrieblichen technischen Normung. Köln/Berlin/Bonn/München 1976.
Bruns, Rudolf	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1979
Brüggemann, Dieter	Judex statutor et judex investigator, Bielefeld 1968.
Buermeyer, Volker	Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 38, Köln/Berlin/Bonn/München 1975.
Buss, Walter	Beweislast und Beweiswürdigung im Verwaltungsprozeß, DRiZ 1966, S. 291 ff.

Claußen, Jürgen	Zur politischen Treuepflicht der Beamten, ZBR 1980, S. 8 ff.
Dauk, Werner	Entsorgung und Genehmigung. Bemerkungen zum Brokdorf-Urteil des VG Schleswig, ET 1980, S. 404 ff.
De Clerk, Hans	Zur Beweislast in Kriegsdienstverweigerungsfällen, JZ 1960, S. 13 ff.
Deppe, Günter	Die Beweislast im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, Diss. Münster 1961.
Deubner, Karl G.	Beweislastverteilung bei Anwendung des § 48 Abs. 2 EheG, NJW 1969, S. 1645.
Diedrichsen, Uwe	Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 1966, S. 211 ff.
Dicke, Detlev Ch.	Radikale im öffentlichen Dienst, ZBR 1973, S. 1 ff.
Dubischar, Roland	Grundsätze der Beweislastverteilung im Zivil- und Verwaltungsverfahren, JuS 1971, S. 385 ff.
Dyroff, Anton	Bayerische Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., Ansbach 1917.
Ebel, Hans Rudolf	Vierte Kartellnovell in Kraft getreten, DB 1980, S. 1105 ff.
---	Kartellrecht, GWB und EWG-Vertrag, Kommentar, Loseblatt, Frankfurt am Main, Stand: Dezember 1980.
Ehmke, Horst	Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff.
Elelöf, Per Olof	Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, ZZP 75 (1962), S. 289 ff.
Emmerich, Volker	Kartellrecht, 3. Aufl., der Schrift "Wettbewerbsrecht", München 1979; 4. Aufl. der Schrift "Wettbewerbsrecht", München 1982.
Ernestus, Michael	Das Diskriminierungsverbot des § 26 II GWB nach der 2. Kartellnovelle- zugleich ein Beitrag zum Begriff der Vermutung der Marktbeherrschung im neuen § 22 III GWB, Diss. Frankfurt a.M. 1976.

Emrich, Heiner Maria	Die Problematik der Fusionskontrolle, Berlin 1978.
Engisch, Karl	Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963.
Esser, Josef	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt M. 1970.
Eyermann, Erich/ Fröhler, Ludwig	Verwaltunsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Aufl., München 1980.
Feldmann, Franz Josef	Europäische Produkthaftung und die Verteilung des Haftpflichtschadens, Schriften zum Wirtschafts-, Handels- und Industrierecht, Bd. 25, Köln/Berlin/Bonn/München 1979.
Feuerborn, Alfred	Energieeinsparung im Rahmen der Neufassung der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über Elektrizitätsversorgungsunternehmen (§ 103 Abs. 5 GWB), ET 1981, S. 300 ff.
Frankfurter Kommentar	Kommentar zur Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblatt, Köln, Stand: November 1982.
Gallwas, Hans-Ullrich	Die grundrechtswidrige Beweislastregelung, BayVBl. 1966, S. 310 ff.
Gamm, von, Otto-Friedrich	Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, Köln/Berlin/Bonn/ München 1980.
Gaul, Hans Friedhelm	Zur Frage nach dem Zwecke des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), S. 27 ff.

Geis, Ivo	Das Tatbestandsmerkmal "Marktbeherrschung" in § 22 GWB. Schwierigkeiten der gesetzlichen Definition und Möglichkeiten einer neuen Definition, Diss. Hamburg 1975.
Gerhards, Wolfgang	Die Strafbarkeit des Ungehorsams gegen Verwaltungsakte, NJW 1978, S. 86 ff.
Getthold, Jürgen	Zur verfassungsrechtlichen Diskussion der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, WRP 1978, S. 601 ff.
Gilles, Peter	Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozeß, in: Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 183 ff.
Gleiss, Alfred/ Bechtold, Rainer	Das neue deutsche Kartellgesetz, BB 1973, S. 1142 ff.
Greger, Reinhard	Beweis und Wahrscheinlichkeit, Erlanger Juristische Abhandlungen, Bd. 22, Köln/Berlin/ Bonn/München 1978
---	Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises, VersR 1980, S. 1091 ff.
Grunsky, Wolfgang	Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974.
Günther, Hans-Ludwig	Verurteilungen im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, Berlin 1976.
Habscheid, Walther J.	Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, S. 361 ff.
---	Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, in: Festschrift für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, S. 355 ff.
Häberle, Peter	Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2. Aufl., Karlsruhe 1962.

---	Verfassungsprinzipien "im" Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift für den Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover 1977, S. 47 ff.
Hagen, Johann Josef	Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, Freiburg 1972.
Hanning, Alfred	Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung, Köln/Berlin/Bonn/München 1976.
Haverkämper, Jörn	Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Maximen des Verwaltungsprozeßrechts, Diss. Münster 1973.
Heine	Die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren und im Verfahren nach der Reichsversicherungsordnung, VerwArch. 26 (1918), S. 431 ff.
Henke, Horst-Eberhard	Die Tatfrage - Der unbestimmte Rechtsbegriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966.
Hitzler, Gerhard	Systeme der Fusionskontrolle. Ein Vergleich der Fusionskontrolle nach französischem und europäischem Recht mit der Fusionskontrolle nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Schriftenreihe Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd. 4, München 1979.
Hömig, Dieter	Zur Zulässigkeit statischer Verweisungen des Bundesrechts auf nichtnormative Regelungen, DVBl. 1979, S. 307 ff.
Hoffmann-Riem, Wolfgang	"Anscheinsgefahr" und "Anscheinsverursachung" im Polizeirecht, in: Festschrift für Gerhard Wacke, Köln 1972, S. 327 ff.
Holland, Ingo	Auflagen der Kartellbehörden zu Rationalisierungskartellen, Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, Industrierecht, Bd. 17, Köln/Berlin/Bonn/München, 1977.
Hoppe, Werner	Die "wirtschaftliche Vertretbarkeit" im Bundesimmissionsschutzgesetz, NJW 1977, S. 1853 ff.

---	Gerichtliche Kontrolle bei komplexen Verwaltungsentscheidungen, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, München 1978, S. 295 ff.
---	Wirtschaftliche Vertretbarkeit im Rahmen des Bundesimmissionsschutzgesetzes, Schriftenreihe des Bundesministeriums des Innern, Bd. 8, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977.
Huber, Gerhard	Das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluß, insbesondere durch Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens, WuW 1975, S. 371 ff.
Huber, Ulrich	Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Wettbewerbsrecht, in: Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, Huber, Ulrich/ Börner, Bodo, FIW-Schriftenreihe Heft 80, Köln/Berlin/Bonn/ München 1978.
Immenga, Ulrich	Kommentierung zu § 22 und § 26 GWB, in: Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim, GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981.
---	Schwerpunkte der Vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1980, S. 1417 ff.
Isensee, Josef	Die typisierende Verwaltung, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 288, Berlin 1976.
Jüngst, Rainer	Marktbeherrschungsbegriff "überragende Marktstellung" (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 33, Berlin 1980.
Junge, Werner	Kommentierung zu § 54 und § 69 GWB, in: Gemeinschaftskommentar zum GWB, hrsg. von Müller-Henneberg/Schwarz, 3. Aufl., 5. Lfg., Köln/Berlin/Bonn/München 1973.

Kaiser, Joseph H.	Fusionskontrolle oder Fusionsverbot? Die Vermutungstatbestände des Entwurfs der IV. GWB-Novelle, WuW 1978, S. 344 ff.
Karpen, Hans-Ulrich	Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Diss. Berlin 1970.
---	Zur Verweisung auf Regelungen privater Verbände, ZRP 1978, S. 151 ff.
Kartte, Wolfgang	Ein neues Leitbild für Wettbewerbsbeschränkungen, FIW-Schriftenreihe, Heft 49, Köln/Berlin/Bonn/München 1969.
Kegel, Gerhard	Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruh 1967, S. 321 ff.
Kleinknecht, Theodor	Strafprozeßordnung, 34. Aufl., München 1979.
Kleinmann, Werner/ Bechtold, Rainer	Kommentar zur Fusionskontrolle, Heidelberg 1977.
Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964.
Knack, Hans Joachim	Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1982.
Knemeyer, Franz-Ludwig	Der Schutzanspruch im Baurecht - Individualschutz durch die Verwaltung, DVBl. 1978, S. 37 ff.
Knöpfle, Robert	Zur Novellierung des § 22 GWB, BB 1970, S. 717 ff.
Köhler, Alexander	Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin/Frankfurt 1960.
Köhler, Helmut	Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB - Taugliches Mittel zur Erfassung von Nachfragemacht? DB 1982, S. 313 ff.
Kollhosser, Helmut	Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP 165 (1965), S. 46 ff.
---	Der Anscheinsbeweis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - Entwicklung und aktuelle Bedeutung, Diss. Mainz 1963.

Kopp, Ferdinand	Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971.
---	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl., München 1984.
---	Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1980.
Kriele, Martin	Der rechtliche Spielraum einer Liberalisierung der Einstellungspraxis im öffentlichen Dienst, NJW 1979, S. 1 ff.
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969.
Lang, Arno	Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 52 (1961), S. 60 ff.
Langen, Eugen/ Niederleithinger, Ernst/ Ritter, Leonnart/ Schmidt, Ulrich	Kommentar zum Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis unter Einbeziehung des EG-Kartellrechts, 6. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1982 (zitiert: Langen, Kommentar zum Kartellgesetz).
Lanzenberger, Fritz	Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, FIW-Schriftenreihe, Heft 66, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, S. 75 ff. (79).
---	Rechtsfragen der Fusionskontrolle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/74, FIW-Schriftenreihe, Heft 71, Köln/Berlin/Bonn/München/ 1975, S. 29 ff.
Laufs, Adolf	Die Entwicklung des Arztrechts 1979/80, NJW 1980, S. 1315 ff.
---	Die Entwicklung des Arztrechts 1983/84, NJW 1984, S. 1383 ff.
Leipold, Dieter	Beweislast und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966.

Leibholz/Rinck/Hesselberger	Kommentar zum Grundgesetz anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Aufl., Köln 1975.
Leo, Hans-Christoph	Marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen, WRP 1970, S. 197 ff.
---	Zur Reform der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, WRP 1972, S. 1 ff.
Lepa, Manfred	Die Beweislast im Privatrecht und ihre rationale Begründung, Diss. Köln 1963.
Lerche, Peter	Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 78 (1965), S. 1 ff.
Lerche, Peter/ Degenhardt, Christoph	Verfassungsfragen einer Neuordnung der Mißbrauchsaufsicht, Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 16, Düsseldorf 1979.
Lenkner, Theodor	Kommentierung zu § 186 StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl. München 1978.
Lieberknecht, Otfried	Probleme des Verfahrensrechts in Kartellsachen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78, FIW-Schriftenreihe, Heft 86, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 65 ff.
Lipps, Wolfgang	Herstellerhaftung beim Verstoß gegen "Regeln der Technik"? NJW 1968, S. 279 ff.
Löwe/Rosenberg/Gollwitzer	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl., Berlin/New York 1973.
Loewenheim, Ulrich	Die Fusionskontrolle in der Vierten Novelle zum GWB, WRP 1978, S. 847 ff.
Lorenz, Dieter	Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973.
---	Die Folgepflicht gegenüber rechtswidrigen Verwaltungsakten und die Strafbarkeit des Ungehorsams, DVBl. 1971, S. 165 ff.

---	Grundrechte und Verfahrensordnungen, NJW 1977, S. 865 ff.
Lüke, Gerhard	Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 1966, S. 587 ff.
Ludwig, Wolfgang/ Cordt, Adolf/ Stech, Jürgen/ Odenthal, Hans	Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Kommentar, Loseblatt, Stand: Oktober 1980, Frankfurt a.M.
Lukes, Rudolf	Beweislastprobleme bei der Preisbindung der zweiten Hand, ZZP 77 (1964), S. 78 ff.
---	Das Atomrecht im Spannungsfeld zwischen Recht und Technik, NJW 1978, S. 141 ff.
---	Das Schadensausgleichsrecht - Funktionen im Zeitalter der Technik, VersR 1983, S. 697 ff.
---	Der Kartellvertrag, München/Berlin 1959.
---	Die Bedeutung der sogenannten Regeln der Technik für die Schadensersatzpflicht von Versorgungsunternehmen, in: Regeln der Technik und Schadensersatz, VEnergR BD 23/24, Düsseldorf 1969, S. 22 ff.
---	Die Mehrfachtätigkeit von Sachverständigen unter besonderer Berücksichtigung der Gutachtertätigkeit im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, Schriften zum Wirtschafts-, Handels- und Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Köln/ Berlin/Bonn/München 1971.
---	Die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden, atw 1980, S. 74 ff.
---	Die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden - Die Problematik des unbestimmten Rechtsbegriffs und seine Konkretisierung, in: Sechstes Deutsches Atomrechtssymposium, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 20, Köln/Berlin/Bonn/München 1980, S. 49 ff.

--- Die Reformdiskussion zur wettbewerbsrechtlichen Regelung der leistungsgebundenen Versorgungswirtschaft, insbesondere der Elektrizitätswirtschaft, in: Geschlossene Versorgungsgebiete, Versorgungssicherheit oder Wettbewerb, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 18, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 65 ff.

--- Die Regelung technischer Sachverhalte in der Rechtsordnung, in: Rechtliche Ordnung der Technik als Aufgabe der Industriegesellschaft, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 22, Köln/Berlin/Bonn/München 1980, S. 81 ff.

--- Die überbetriebliche Normung in den USA - Organisation, staatlicher Einfluß, Beziehungen zum Verbraucherschutz, DIN-Normenheft 11, Berlin/Köln/Frankfurt a.M. 1971.

--- Die Verwendung von Risikoanalysen in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Kernenergierechts, BB 1978, S. 317 ff.

--- Die zukünftige Entwicklung des Kernenergierechts, NJW 1973, S. 1209 ff.

--- (Hrsg.) Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 21, Teil I-III, Köln/Berlin/Bonn/München 1980.

--- Gefahren und Gefahrenbeurteilungen in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: Gefahren und Gefahrenbeurteilungen im Recht, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 21, Teil I, Köln/Berlin/Bonn/München 1980, S. 17 ff.

--- Grundlagen und Durchführung der Entflechtung industrieller Großunternehmen, Diss. München 1952.

Grundlagen und Praxis der Sachverständigentätigkeit im Rahmen atomrechtlicher Genehmigungs- und Aufsichtsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, in: Lukes/Bischof/Pelzer, Sachverständigentätigkeit im atomrechtlichen Genehmigungs- und Aufsichtsverfahren, Schriftenreihe Recht und Technik, Bd. 6, Heidelberg 1980, S. 13 ff.

Juristische und institutionelle Aspekte der Ausarbeitung von elektronischen Normen in den Ländern des Gemeinsamen Marktes, in: Dokumentenmaterial der Studientagung über die Normung auf elektronischem Gebiet, Brüssel 1966, S. 39 ff.

Mißbrauch im Freistellungsbereich des § 103 GWB, in: Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 15, Köln/Bonn/Berlin/München 1977, S. 119 ff.

Namens- und Kennzeichenschutz für Technische Überwachungs-Vereine, Heidelberg 1972.

Preisvergleich und Strukturvergleich bei der Mißbrauchsaufsicht nach §§ 103, 104 GWB, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 13, Köln/Berlin/Bonn/München 1977.

Produzentenhaftung und Maschinenschutzgesetz, JuS 1968, S. 345 ff.

Reform der Produkthaftung, Köln/Berlin/Bonn/München 1979.

Tragweite der einzelnstaatlichen Normung, in: Dokumentenmaterial der Studientagung über die Normung auf elektronischem Gebiet, Brüssel 1966, S. 312 ff.

---	Überbetriebliche technische Normen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 145 ff.
---	Urheberrechtsfragen bei überbetrieblichen technischen Normen - insbesondere DIN-Normen und VDE-Vorschriften, Köln/Berlin/Bonn/München 1967.
---	Vom Arbeitnehmerschutz zum Verbraucherschutz - Überlegungen zum Maschinenschutzgesetz, RdA 1969, S. 220 ff.
---	Wettbewerb und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Neue Folge Bd. 20/I, 2. Aufl. Berlin 1971, S. 578 ff.
---	150 Jahre Recht der technischen Sicherheit in Deutschland, in: Risiko - Schnittstelle zwischen Recht und Technik (VDE-Schriftenreihe 2), Berlin/Offenbach 1982.
Lukes, Rudolf/ Dauk, Werner	Die Auswirkungen der Entsorgungsregelung des § 9 a AtG auf den Anlagengenehmigungstatbestand des § 7 Abs. 2 AtG, ET 1979, S. 667 ff.
Lukes, Rudolf/ Volmer, Lothar/ Mahlmann, Wilfried	Grundprobleme zum atomrechtlichen Verwaltungsverfahren. Planfeststellungsverfahren. US-amerikanisches Genehmigungsferfahren, Schriftenreihe Recht und Technik, Bd. 3, Heidelberg 1974.
Maassen, Bernhard M.	Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, Köln/Berlin/ Bonn/München 1975.
Maetzel, Wolf Bogumil	Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß, DöV 1966, S. 520 ff.
Mahlmann, Wilfried	Ermessen, Beurteilungspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1. Referat, in: Erstes Deutsches Atomrechtssymposium, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 1, Köln/Berlin/Bonn/München 1973.

Mangoldt, von, Hermann/ Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1957.
Marburger, Peter	Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, VersR 1983, S. 597 ff.
---	Die Regeln der Technik im Recht, Köln/Berlin/Bonn/ München 1979.
Martens, Joachim	Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, JuS 1978, S. 247 ff.
Mattern, Karl-Heinz/ Raisch, Peter	Atomgesetz, Kommentar, Berlin/Frankfurt 1961.
Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman/ Scholz, Ruprecht	Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 5. Aufl., 3. Lfg. München (Stand: September 1980).
Maurer, Hartmut	Die Mitgliedschaft von Beamten in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen, NJW 1972, S. 601 ff.
Meder, Götz	Das Prinzip der Rechtmäßigkeitsvermutung - dargestellt bei der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, Berlin 1970.
Meier, Gert	Verfassungsfragen der kartellrechtlichen Vermutungs- und Beweislastregeln, ZHR 145 (1981), S. 393 ff.
Meinhold, Wilko	Diversifikation, konglomerate Unternehmen und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, FIW-Schriftenreihe, Heft 79, Köln/Berlin/Bonn/ München 1977.
Meyer, Hans/ Borgs-Maciejewski, Hermann	Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1982.
Möhring, Philipp	"Abgestimmte Verhalten" im Kartellrecht, NJW 1973, S. 777 ff.
Möschel, Wernhard	Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974.

---	Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979.
---	Kommentierung zu § 26 GWB, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981.
Monopolkommission,	Hauptgutachten II (1976/1977), Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen, Baden-Baden 1978.
---	Hauptgutachten III (1978/1979) Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Baden-Baden 1980.
Moosecker, Karlheinz	Fusionskontrolle und Rechtssicherheit, GRUR 1978, S. 517 ff.
Moser, Konrad	In dubio pro reo, Diss. München 1933.
Mühl, Otto	Über das Verhältnis von Prozeßrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, S. 687 ff.
Müller, Heinz/ Gießler, Peter/ Scholz, Ulrich	Wirtschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, Bd. I, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 1981.
Musielak, Hans-Joachim	Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen. Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs, AcP 176 (1980), S. 465 ff.
---	Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin/New York 1975.
Mutschler, Ulrich	Nebenbestimmungen zur Atomanlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 6, Köln/Berlin/Bonn/München 1974.

Nagel, Bernhard	Kann die Fusionskontrolle ihren Anspruch einlösen? DB 1979, S. 1021 ff.
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952.
Nicklisch, Fritz	Technische Regelwerke-Sachverständigengutachten im Rechtssinne? NJW 1983, S. 841 ff.
---	Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht, NJW 1982, S. 2633 ff.
Nickusch, Karl-Otto	Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre, Diss. München 1964.
Niederleithinger, Ernst	Praxis der Marktbeherrschungs- und Fusionskontrolle im Zeitraum 1974/75, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1974/75, FIW-Schriftenreihe, Heft 73, Köln/Berlin/Bonn/München 1976, S. 73 ff.
Obermeyer, Klaus	Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, Stuttgart/Hannover/München 1964.
Oertzen, von, Hans-Joachim	Automationsgerechte Gesetze als Voraussetzung der Automation, DVBl. 1969, S. 61 ff.
Ossenbühl, Fritz	Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken, in: Rechtsfragen des Genehmigungsverfahrens von Kraftwerken, VEnergR Bd. 41/42, Düsseldorf 1978, S. 39 ff.
---	Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1967, S. 401 ff.
---	Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisungen auf Nichtnormen, NJW 1979, S. 623 ff.
---	Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DöV 1965, S. 649 ff.

Pestalozza, von, Christian	Der Untersuchungsgrundsatz, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags, Stuttgart/München/ Hannover 1977, S. 185 ff.
Pohle, Rudolf	Besprechung von Rosenberg. Die Beweislast, AcP 155 (1956), S. 165 ff.
Plischka, Hans Peter	Technisches Sicherheitsrecht - Die Probleme des technischen Sicherheitsrechts dargestellt am Recht der überwachungsbedürftigen Anlagen, § 24 GewO, Berlin 1969.
Plümer, Egon	Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungsfeindlichen Parteien, NJW 1973, S. 4 ff.
Prölls, Jürgen	Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966.
Ramrath, Stephan	Die "überragende Marktstellung" als Merkmal der Fusionskontrolle, FIW-Schriftenreihe, Heft 84, Köln/Berlin/ Bonn/München 1979.
Raisch, Peter	Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen, ZHR 128 (1966), S. 161 ff.
---	Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 355 ff.
Raisch,Peter/ Sölter, Arno/ Kartte, Wolfgang	Fusionskontrolle Für und Wider, Stuttgart/Berlin/Köln/ Bonn 1970.
Rauschenbach, Gerhard	Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmen und ihre Berater, NJW 1973, S. 1857 ff.
Redeker, Konrad	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, NJW 1966, S. 1777 ff.

Redeker, Konrad/ Oertzen, von, Hans-Joachim	Verwaltungsgerichtsordnung mit Entlastungsgesetz, Kommentar, 7. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1981.
Reinecke, Gerhard	Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 28, Berlin 1976.
Reimann, Günter	Verfassungsrechtliche Untersuchung zur Novellierung des Immissionsschutzrechts, RdE 1979, S. 166.
Rittner, Fritz	Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, Karlsruhe 1979.
Röhling, Eike	Fusionskontrolle nach dem neuen Kartellgesetz, DB 1973, S. 1585.
Rosenberg, Leo	Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung, 5. Aufl., München/Berlin 1965.
Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz	Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München 1981.
Roxin, Claus	Strafverfahrensrecht, 16. Aufl., München 1980.
Rupp, Hans Heinrich	Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85 (1960), S. 301 ff.
Sack, Rolf	Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbotes, GRUR 1975, S. 511 ff.
Sacklowski, Jürgen	Die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Diss. Köln 1967.
Salje, Peter	Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Schriften zum Wirtschafts-, Handels- und Industrierecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1978.
Schenke, Wolf-Rüdiger	Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, S. 743 ff.

---	Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen, in: Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft, Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag, Berlin 1980, S. 87 ff.
Scheuner, Ulrich	Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, VerwArch. 33 (1928), S. 68 ff.
Schmidt, Eberhard	Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1950.
---	Lehrkommentar zur Strafprozeßordung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 1, 1. Aufl., Göttingen 1952; 2. Aufl., Göttingen 1964.
Schmidt, Ingo	Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle, Wirtschaftsdienst 1978, S. 71 ff.
Schmidt, Karsten	Gerichtsschutz in Kartellverwaltungssachen. Zur Fortbildung des Verwaltungsrechtsschutzes in der Wettbewerbsaufsicht, Heidelberger Forum, Bd. 10, Heidelberg 1980.
---	Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Köln/Berlin/Bonn/München 1977.
---	Vierte Kartellnovelle zwischen Effektivitäts- und Legitimationsproblemen, ZRP 1979, S. 38 ff.
Schmidt-Bleibtreu/Klein	Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1980.
Schmieder, Klaus	Atomanlagengenehmigung und Bestandsschutz von Atomanlagen bei nachrückender Industrieansiedlung, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 12, Köln/Berlin/Bonn/München 1977.
Schmitt-Assmann, Eberhard	Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 569 ff.

Schmitz H.-T.	Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Erstes Deutsches Atomrechtssymposium, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 1, Köln/Berlin Bonn/München 1973, S. 301 ff.
Schneider, Egon	Die Beweislastverteilung, MDR 1969, S. 4 ff.
Schneider, Peter	In dubio pro libertate, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 263 ff.
Scholz, Ruprecht	Entflechtung und Verfassung, Baden-Baden 1981.
---	Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971.
---	Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Berlin 1974.
Schütz, Jörg	Vermutungen statt Prognosen - Zur Bedeutung der Vermutungen des § 23 a des Entwurfs einer 4. Kartellgesetznovelle bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen, DB 1979, S. 197 ff.
Schultz, Klaus-Peter	Die Vermutungen des § 23 a GWB (unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23 a Abs. 2), WuW 1981, S. 102 ff.
Schulzenstein, Max	Zur Rechtmäßigkeit polizeilicher Verfügungen und zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, JW 1919, S. 257 ff. S. 327 ff., 433 ff.
Schunk/de Clerck	Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., Sieburg 1977.
Schwab, Karl Heinz	Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 1978 S. 505 ff.

Selmer, Peter	Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts, FIW-Schriftenreihe, Heft 76, Köln/Berlin/Bonn/ München 1977.
Soell, Hermann	Beiladung kon Konkurrentenschutz im Verwaltungsverfahren des Kartellgesetzes, in: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1973, S. 439 ff.
---	Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, Heidelberg 1973.
---	Der Grundsatz der wirtschaftlichen Vertretbarkeit im Bundesimmissionsschutzgesetz, Recht und Staat Bd. 496/497, Tübingen 1980.
Staats, Johann-Friedrich	Zur Problematik bundesrechtlicher Verweisungen auf Regelungen privater Verbände, ZRP 1978, S. 59 ff.
Stefener, Wolfgang	DIN-Normen - Ihre Zulässigkeit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Münster 1970.
Stehlkens, Paul/ Bonk, Heinz Joachim/ Leonhardt, Klaus	Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1983.
Stein, Jonas/ Schönke/ Pohl	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. Bd., 18. Aufl. Tübingen 1953; 1. Bd. 19. Aufl., Tübingen 1964.
Stern, Klaus	Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 5. Aufl., München 1981.
Stree, Walter	In dubio pro reo, Tübingen 1962.
---	Kommentierung zu §§ 56 und 68 e, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl., München 1978.
Stürner, Rolf	Die Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, NJW 1979, S. 2334 ff.
---	Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976.

Stumpp, Hans	Die Bestimmtheit von Verwaltungsakten, DVBl. 1968, S. 330 ff.
Sulanke, Hans-Erhard	Die Entscheidung bei Zweifeln über das Vorhandensein von Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernissen im Strafverfahren, Berlin 1974.
Terhorst, Bruno	Bewährungsprognosen und der Grundsatz "in dubio pro reo", MDR 1978, S. 973 ff.
Tessin, Claus	Die Kartellnovelle 1973, AG 1973, S. 321 ff.
Tietgen, Walter	Anmerkungen zum Urteil des BVerwG vom 18.4.1956, DVBl. 1956, S. 683 ff.
---	Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, Gutachten für den 46. DJT, Bd. I, Teil 2 B, München, Berlin 1966.
---	Schlußwort, DVBl. 1957, S. 80 ff.
Traumann, Christian Clemens	Die Zusage im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle, Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, Industrierecht, Bd. 20, Köln/ Berlin/Bonn/München 1977.
Trockel, Horst	Das Recht des Arztes zur Heilbehandlung unter Erprobung neuer Heilmethoden, NJW 1979, S. 2329 ff.
Uber, Giesbert	Freiheit des Berufs, Hamburg 1952.
Ule, Carl Hermann	Die Bindung der Verwaltung an die Immissionswerte der TA-Luft, BB 1976, S. 446 ff.
---	Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, S. 537 ff.
---	Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl., München 1983.
Ule Carl Hermann/ Laubinger Hans-Werner	Verwaltungsverfahrensrecht, Kommentar, 2. Aufl., Köln/Berlin/ Bonn/München 1979.
Ulmer, Peter	Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37 a Abs. 3 GEB), WuW 1980, S. 474 ff.

---	Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, Eine Zwischenbilanz, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 565 ff.
Vieweg, Klaus	Antizipierte Sachverständigengutachten - Funktion, Verwertungsformen, rechtliche Bedeutung, NJW 1982, S. 2473 ff.
---	Atomrecht und technische Normung, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 413, Berlin 1982.
Vollkommer, Max	Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, A. 194 ff.
Wahrendorf, Volker	Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1976.
Walter, Gerhard	Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979.
Weides, Peter	Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 2. Aufl., München 1981.
Weißenborn, Michael	Der Adressatenkreis in § 26 Abs. 2 GWB, Diss. Hamburg 1974.
Westrick, Klaus/ Loewenheim, Ulrich	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Herne/Berlin, Loseblatt, Stand: 1.6.1980.
Wiedemann, H.	Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, 2. Referat, in: Erstes Deutsches Atomrechtssymposium, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 1, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, S. 291 ff.
Winters, Karl-Peter	Atom- und Strahlenschutzrecht, München 1968.
Wirz, Hanns Bernhard	Der Marktbeherrschungsbegriff nach § 22 GWB, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, FIW-Schriftenreihe, Heft 66, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, S. 41 ff.

---	Die vermutete Marktbeherrschung, WuW 1975, S. 611 ff.
Wolff, Dieter	Fortentwicklung der Fusionskontrolle, WuW 1980, S. 462 ff. (468 ff.).
Wolff Hans Julius/ Bachof, Otto	Verwaltungsrecht, Bd. I, 9. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/ München 1974.
---	Verwaltungsrecht, Bd. III, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/ München 1978.
Zezschwitz, von, Friedrich	Das Gewissen als Gegenstand des Beweises, JZ 1970, S. 233 ff.

1. Teil: Einleitung und Problemstellung

Beweislastfragen nehmen seit Jahren in Literatur und Rechtsprechung einen breiten Raum ein[1]. Insbesondere für die Praxis sind sie wegen ihrer Bedeutung im Prozeß stets von besonderem Interesse, was durch die bekannte "Anwaltserfahrung" unterstrichen wird, daß die jeweilige Verteilung der Beweislast den Gewinn oder den Verlust des halben Prozesses bedeute. Vor allem im Zivilprozeß werden die Beweislastregeln auch als dessen "Rückgrat" bezeichnet[2]. Mit diesen Aussagen soll darauf hingewiesen werden, daß zwischen einem "Recht Haben" und einem "Recht Bekommen", also zwischen der materiellen, objektiven Rechtslage und seiner tatsächlichen, praktischen Durchsetzung eine oft nicht unerhebliche Diskrepanz liegen kann, die unter anderem wesentlich durch die Beweislastnormen bestimmt wird. Sind sich Rechtsprechung und Literatur der weitreichenden Bedeutung der Beweislastnormen durchaus bewußt, so ist deren verfassungsrechtliche Relevanz - von Einzelfällen abgesehen - weitestgehend außerhalb der Betrachtung geblieben. Man beschränkt sich meistens darauf, festzustellen, daß der Gesetzgeber die Beweislast ausdrücklich durch spezielle Beweislastnormen oder gesetzliche widerlegliche Vermutungen regeln könne und sich die Verteilung der Beweislast ansonsten nach bestimmten Grundsätzen, die oft als "allgemeine Regeln der Beweislast" bezeichnet werden,

---

1) Vgl. nur die Literaturübersichten bei Musielak H.-J., Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin/New York 1975, und Berg W., Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, Berlin 1980.

2) So z.B. Rosenberg / Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München 1981, S. 691.

richte [3]. Dies ist auf den ersten Blick erstaunlich angesichts der Bedeutung der Beweislastnormen und des ansonsten anerkannten verfassungsbezogenen Verständnisses des Verfahrens- und Prozeßrechts[4]. Auf der

---

3) Aus der Rechtsprechung z.B. für den Zivilprozeß: BGHZ 3, S. 342 (346); 39, S. 103 (106); 53, S. 245 (250) = NJW 1970, S. 946 (947); für den Verwaltungsprozeß: BVerwGE 30, 358 (360 f.);E44, S. 265 (269); BVerwG NJW 1975, S. 2258 (2259); BVerwG NJW 1976, S. 638 (639); aus dem Schrifttum für den Zivilprozeß: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO-Kommentar, 41. Aufl., München/Berlin 1983, § 286 Anh. 2; Reinecke G., Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1976, S. 28 Fn. 51; Rosenberg L., Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung, 5. Aufl., München/Berlin 1965, S. 98 ff.; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, a.a.O. (Fn. 2), S. 682; für den Verwaltungsprozeß: Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl., München 1980, § 86 Rdn. 13; Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1981, § 108 Bem. 12.

4) Vgl. die Ansätze bei Habscheid W.J., Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, S. 361 ff.; Gaul H.F., AcP 168 (1968), S. 32 ff.; Gilles P., Verfahrensfunktionen und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozeß, in: Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 183 ff. (192 ff.); Mühl O., Über das Verhältnis von Prozeßrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, S. 687 ff.; ferner Lorenz D., Grundrechte und Verfahrensordnungen, NJW 1977, S. 865 ff.; ders., Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973; Vollkommer M., Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 194 ff. m.w.N.; für den Bereich des Verwaltungsverfahrens vgl. nur Häberle P., Verfassungsprinzipien "im" Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift für den Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover 1977, S. 47 ff.; Kopp F., Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. nur BVerfGE 40, S. 272 ff.;E41, S. 23 ff. (zur unzumutbaren Erschwerung des Rechtsweges);E35, S. 263 ff.;E35, S. 382 ff.;E51, S. 268 (zur Garantie eines effektiven Rechtsschutzes);E46, S. 325 ff.;E49, S. 220 ff.;E51, S. 150 ff. (zur Zwangsversteigerung).

anderen Seite ist diese Zurückhaltung durchaus verständlich, da zunächst das "Phänomen" der Beweislast als solches im Vordergrund der Betrachtung stand und daran anschließend bzw. eng damit verbunden die für die Praxis wichtige Frage, nach welchen Kriterien sich die Beweislastverteilung richtet und wer die Beweislast wofür zu tragen hat, von alleinigem Interesse war. Es soll hier nur zum einen daran erinnert werden, daß in der älteren Literatur und Rechtsprechung[5] und vereinzelt auch noch heute[6] die Ansicht zu finden ist, daß es eine "Beweislast" im Verwaltungsprozeß

---

5) Vgl. z.B. Dyroff A., Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 5. Aufl., Ansbach 1917, S. 554; Heine, Die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren und im Verfahren nach der Reichsversicherungsordnung, VerwArch. 26 (1918), S. 431 (456, 460); Obermayer K., Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, Stuttgart/München/Hannover 1964, S. 252; Scheuner U., Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, VerwArch. 33 (1928), S. 68 (93 f.); Schulzenstein N., Zur Rechtmäßigkeit polizeilicher Verfügungen und zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, JW 1917, S. 257, 327, 433 (435 f.).

6) Aus dem neueren Schrifttum Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn. 3), § 86 Rdn. 5 (unklar); Stumpp H., Die Bestimmtheit von Verwaltungsakten, DVBl. 1968, S. 330 (331 Fn. 23); Stein/Jonas/Schönke/Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., 1. Bd., Tübingen 1953, § 282, Anm. IV 1 (anders allerdings die 19. Aufl., Tübingen 1964 ff.); Nikisch A., Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952, S. 319; Schmidt E., Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 1, 2. Aufl., Göttingen 1964, S. 204 f.; Lepa M., Die Beweislast im Privatrecht und ihre rationelle Begründung, Diss. 1963, S. 15 f. Aus der Rspr. vgl. PrOVGE 30, S. 248 (250); BVerwGE 12, S. 230 (235); E 19, S. 87 (94); BGHZ 53, 245 (250) (zum Verfahren nach § 8 Namensänderungsgesetz und § 26 Personenstandsgesetz); OLG Neustadt JZ 1962, S. 417 (418) verneint eine Beweislast für das Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ferner BVerfGE 1, S. 299 (316). Meistens handelt es sich dabei wohl um begriffliche oder sprachliche Ungenauigkeiten, wobei von einem Begriff der "Beweislast" ausgegangen wird, der die Beweispflichtigkeit der Parteien umfaßt, also die subjektive Beweislast (formelle Beweislast oder Beweisführungslast) meint.

oder allgemein in Verfahren nach dem Untersuchungsgrundsatz nicht gebe. Zum anderen erfreut sich die Frage nach der "richtigen" Verteilung der Beweislast, wenn der Gesetzgeber diese nicht ausdrücklich geregelt hat, bis heute einer lebhaften Diskussion[7]. Da es nur

---

7) Aus dem umfangreichen Schrifttum, das sich mit dem Problem der Beweislast teils allgemein, teils für spezielle Bereiche und Fragenkomplexe beschäftigt, vgl. nur für den Zivilprozeß insbesondere Rosenberg L., Die Beweislast (Fn. 3); Leipold D., Beweislastregeln und gesetztliche Vermutungen, Berlin 1966; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1); Reinecke G., Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1976; Wahrendorf V., Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1976; für spezielle Bereiche z.B. Lukes, R., Beweislastprobleme bei der Preisbindung der zweiten Hand, ZZP 77 (1964), S. 78 ff.; Zur neueren Diskussion vgl. Schwab K.H., Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, S. 163 ff.; für den Verwaltungsprozeß vgl. nur Bettermann K.A., Zur Beweislast im Verwaltungsprozeß. Eine Entgegnung, DVBl. 1957, S. 84; dens., Die Beweislast im Verwaltungsverfahren, in: Verhandlungen des 46. DJT, München/Berlin 1967, Bd. II, Teil E, S. 26 ff.; Tietgen W., Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, 46. DJT, Bd. I Teil 2 B, München/Berlin 1966 ; dens., Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 18.4.1956, DVBl. 1956, S. 683 ff.; dens., Schlußwort, DVBl. 1957, S. 80 ff.; Deppe G., Die Beweislast im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß, Diss., 1961; Auer W., Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, Diss. 1963; Sacklowski J., Die Beweislastverteilung im Verwaltungsprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Diss. 1967; Michael A.R., Die Verteilung der objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß, Diss. 1976; Berg W., Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung (Fn. 1). Umfangreiche weitere Nachweise finden sich in den Literaturübersichten des angegebenen Schrifttums.

wenige ausdrückliche Beweislastnormen gibt, wurde es stets als eine vordringliche Aufgabe der Rechtswissenschaft angesehen, die bestehenden Lücken zu schließen und der Praxis die für sie unentbehrlichen Beweislastverteilungsregeln zu vermitteln[8]. Dies wird besonders in Bereichen wie dem Arzthaftungsrecht[9], der Produkthaftung[10] oder dem technischen Sicherheitsrechts[11] deutlich, wo zahlreiche Versuche unternommen werden zu einer "richtigen Beweislastverteilung"

---

8) So Rosenberg L., Die Beweislast a.a.O. (Fn. 2), S. 4, 98. Dies ist letztlich das Anliegen aller Rechtswissenschaftler, die sich mit dem Problem der Beweislastverteilung beschäftigen.

9) Vgl. hierzu nur m.w.N. Laufs, A., Die Entwicklung des Arztrechts 1983/84, NJW 1984, S. 1383 ff.; Die Entwicklung des Arztrechts 1979/80, NJW 1980, S. 1315 ff.; Trockel H., Das Recht des Arztes zur Heilbehandlung unter Erprobung neuer Heilmethoden, NJW 1979, S. 2329 ff.; ferner s.u.S. 41 f. m.w.N.;zur verfassungsrechtlichen Problematik BVerfG NJW 1979, S. 1925 ff. sowie unten S. 165 ff.

10) Vgl. hierzu mit weiteren Nachweisen insbesondere Lukes, R. Reform der Produkthaftung, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 48 ff., 264 ff.; dens., Produzentenhaftung und Maschinenschutzgesetz, JuS 1968, S. 345 ff.; Feldmann F.J., Europäische Produkthaftung und die Verteilung des Haftpflichtschadens, Bd. 25 der Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, Industrierecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 26 ff.; ferner s.u.S. 42 f. m.w.N.

11) Hierbei stellt sich insbesondere die Frage nach den Wirkungen von überbetrieblichen technischen Normen auf die Beweislast bzw. deren sinnvolle Einbettung in die Rechtsordnung; vgl. nur Lukes R., Die Bedeutung der sog. Regeln der Technik für die Schadensersatzpflicht von Versorgungsunternehmen, in: Regeln der Technik und Schadensersatz, Bd. 23/2 der VEnergR, hrsg. von B.Börner, Düsseldorf 1969, S. 22 ff., insbes. S. 30 ff. Siehe ferner unten S. 38 ff. und zur verfassungsrechtlichen Problematik unten S. 280 ff.

zu gelangen. Solange die damit zusammenhängenden Probleme nicht gelöst waren, konnten Fragen nach einer verfassungsrechtlichen Determination der Beweislast kaum aufkommen. Hinzu kommt, daß sich erst allmählich ein verfassungsrechtlich beeinflußtes Verständnis des Verfahrens- und Prozeßrechts durchgesetzt hat[12] und man früher eher der Meinung zuneigte, dem Prozeß sei ein großes Maß an verfassungsrechtlicher und politischer Ingerenz und Neutralität eigen[13]. Insofern lag es nahe, Beweislastregeln weitestgehend als bloße Zweckmäßigkeitsregelungen anzusehen, die im Ermessen des Gesetzgebers stehen.

Andererseits werden teilweise durchaus verfassungsrechtliche Aspekte der Beweislastverteilung gesehen[14]. Dies gilt vor allem für den Bereich des öffentlichen Rechts, wo teilweise mit Hilfe einer verfassungsrechtlichen Determination der Beweislastverteilung die Frage geklärt werden sollte, wer die Beweislast trägt, wenn der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich geregelt hat[15]. Vor allem im Wettbewerbsrecht wurde die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Vermutungsregelung des § 22 Abs. 3 GWB[16]

---

12) Siehe Fn. 4.

13) Hierzu vgl. Bachof O., Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Bern 1961, S. 26 ff.

14) S.u.S. 20 ff. u. 33 ff.

15) S.u.S. 152 ff.

16) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl. I S. 1081) i.d.F. der Bekanntmachung vom 24. September 1980 (BGBl. I S. 1761).

aufgeworfen, die Anlaß und Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist. Gerade in diesem Bereich scheint sich der Gesetzgeber in immer stärkerem Maße der Möglichkeiten bewußt zu werden, mittels Beweislastnormen und gesetzlicher widerleglicher Vermutungen das Kartellrecht zu verschärfen und dessen Durchsetzbarkeit zu beeinflussen. Die Vierte Kartellgesetznovelle[17] mit zahlreichen neuen Vermutungstatbeständen speziell für den Bereich der Fusionskontrolle, aber auch einer Vermutungsregelung für den Bereich des Diskriminierungsverbotes ist hierfür ein markantes Beispiel.
Zur Einführung in die verfassungsrechtliche Problematik von gesetzlichen Beweislastnormen und widerleglichen Vermutungen soll zunächst die Regelung des § 22 Abs. 3 GWB als Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen dargestellt werden. Danach soll an weiteren aktuellen Beispielen, bei denen Beweislastfragen eine wesentliche Rolle spielen, näher verdeutlicht werden, daß verfassungsrechtliche Aspekte bei der Beweislastverteilung in unterschiedlichen Bereichen von Bedeutung sind. Dies führt dann zu der grundsätzlichen Standortbestimmung der Beweislastnormen im Spannungsfeld zwischen materiellem Recht, Verfahrens- und Prozeßrecht und Verfassungsrecht.

A. Die Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB - Anlaß und Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Frage

Durch die Zweite Kartellgesetznovelle[18] wurden Marktbeherrschungsvermutungen in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt, deren rechtspolitische Sinnhaftigkeit und gesetzestechnische Zulässigkeit schon lange vor ihrer Einführung lebhaft umstritten war und auch noch heute umstritten ist[19].

17) Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. April 1980 (BGBl. I S. 458).

18) Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3. August 1973 (BGBl. I S. 917)

I. Die gesetzliche Regelung

Die Einführung der Vermutungsregelungen ist auf dem Hintergrund der Bedeutung des Begriffes des marktbeherrschenden Unternehmens im System des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der bis zur Kartellgesetznovelle von 1973 mit der Anwendung dieses Begriffes gemachten Erfahrungen zu sehen.

Der Begriff des "marktbeherrschenden Unternehmens" nimmt in der Konzeption des GWB eine Schlüsselstellung ein. Der Gesetzgeber hat zwar die Existenz marktbeherrschender Unternehmen bislang hingenommen[20], er wendet sich aber mit Hilfe der Mißbrauchsaufsicht gem. § 22 GWB und des Diskriminierungsverbotes gem. § 26 Abs. 2 S. 1 GWB gegen den Mißbrauch ihrer Marktmacht.Darüber hinaus greift nach § 23 ff. GWB die Fusionskontrolle ein, die die Entstehung neuer marktbeherrschender Positionen bzw. deren Verstärkung

---

19) Vgl. zur Kritik insbesondere Leo H.-C., Marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen, WRP 1970, S. 197 (199 ff.); dens., Zur Reform der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, WRP 1972, S. 1 (12 ff.) - noch auf der Grundlage der Entwürfe -; Bechtold R., Marktbeherrschung, Preiskontrollen, Fusionskontrolle, DB 1974, S. 1945 (1945 f.); Gleiss/Bechtold, Das neue deutsche Kartellgesetz, BB 1973, S. 1142 (1147f.); Knöpfle R., Zur Novellierung des § 22 GWB, BB 1970, S. 717 (720 ff.); aus dem weiteren Schrifttum vgl. Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, Heidelberg 1977, § 22 Rdn. 107 ff. und § 24 Rdn. 13 ff.; Wirz H.B., Die vermutete Marktbeherrschung, WuW 1975, S. 611 (615 ff.); Rittner F., Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, Karlsruhe 1979, S. 430 ff.

20) Zur Entflechtungsdiskussion vgl. z.B. Möschel W., Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979; Monopolkommission, Hauptgutachten III (1978/1979), Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Baden-Baden 1980, Tz. 662 ff.; siehe ferner bereits Lukes R., Grundlagen und Durchführung der Entflechtung industrieller Großunternehmen, Diss. München 1952.

verhindern will. Es bedarf keiner näheren Erläuterungen, daß die Effektivität einer an den Begriff der "Marktbeherrschung" anknüpfenden wettbewerbsrechtlichen Konzeption neben den konkreten Ausgestaltungen der weiteren Eingriffsmerkmale[21] insbesondere auch von der Konkretisierung dieses Begriffes sowie der Feststellbarkeit der marktbeherrschenden Position eines Unternehmens abhängt.

Vor der Kartellgesetznovelle von 1973 definierte das GWB in § 22 Abs. 1 ein Unternehmen als marktbeherrschend, soweit es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Nach § 22 Abs. 2 GWB gelten als marktbeherrschend auch zwei oder mehr Unternehmen, soweit zwischen ihnen ein für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten aus tatsächlichen Gründen wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen - das marktbeherrschende Oligopol. Die Mißbrauchsaufsicht konnte mit dieser Marktbeherrschungsdefinition in der Praxis die ihr zukommende Aufgabe und an sie gestellten Erwartungen nicht zufriedenstellend erfüllen, da vor allem das

---

21) Zur Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffes vgl. nur die bei Langen/Niederleithinger/Rittner/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1982, zu § 22 GWB angegebene Literatur. Ferner insbesondere zum Problem des Preismißbrauchs Lukes R., Preisvergleich und Strukturvergleich bei der Mißbrauchsaufsicht nach §§ 103, 104 GWB, Bd. 13 der RTW-Schriftenreihe, hrsg. von Lukes, Köln/Berlin/Bonn/München 1977; Salje P., Preismißbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Bd. 21 der Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, Industrierecht, hrsg. von Lukes, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, sowie die dort auf S. 1 Fn. 1 angegebene Literatur. Zum Mißbrauch im Rahmen des § 103 GWB vgl. Lukes R., Mißbrauch im Freistellungsbereich des § 103 GWB, in: Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, Bd. 15 der RTW-Schriftenreihe, hrsg. von Lukes/Emmerich, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 119 ff.

Bundeskartellamt der Ansicht war, daß schon der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens die Kartellbehörden vor kaum zu bewältigende Aufgaben stelle und die Mißbrauchsaufsicht aus diesem Grunde uneffektiv bleiben müsse[22]. In der Tat ließen sich auf der Basis der sog. "Mosaiktheorie"[23] marktbeherrschende Stellungen nur in wenigen Fällen feststellung und in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überzeugend, vor allem gerichtssicher begründen[24].

---

22) Vgl.BKartA, TB 1970, BT-Drs. VI/2380; hierzu auch Kartte W., Ein neues Leitbild für Wettbewerbspolitik, FIW-Schriftenreihe, Heft 49, Köln/Berlin/Bonn/München 1969, S. 63 ff.

23) Die "Mosaiktheorie" war vom Kammergericht - WuW/E OLG 813 ff. - im Hinblick auf die Zulassung von Rabatt-Kartellen entwickelt worden. Das BKartA befürchtete daraufhin auch im Rahmen des § 22 GWB einen "Negativbeweis" für das Fehlen auch nur von "Spuren eines wirksamen Wettbewerbs" führen zu müssen; z.B. BKartA, TB 1968, BT-Drs. V/4236, S. 19.

24) Zu den wenigen bis zur Novelle 1973 entschiedenen Fällen sowie zur Kartellamtspraxis vgl. BKartA, TB 1972, BT-Drs. 7/986, Tabelle J; Benisch W., Die Mißbrauchsaufsicht marktbeherrschender Unternehmen durch die Kartellbehörden und Gerichte, DB 1972, S. 173 ff.; Möschel W., Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974, S. 134 ff. Vgl. insbesondere die Entscheidungen "Handpreisauszeichnungsgeräte" WuW/E BKartA 1189 ff.; WuW/E OLG 995 ff. "Sportartikelmesse"; BKartA, TB 1967, BT-Drs. V/2841, S. 74; WuW/E BGH 1027 ff.; BGHZ 52, 65 ff. = NJW 1969, S. 1716 ff.; "Fußballstiefel", WuW/E BKartA 1433; aufgehoben durch WuW/E OLG 1429 ff.

Eine Lösung dieses Problems wurde in dem Ruf nach dem Gesetzgeber gesehen, der durch eine neue Definition des Marktbeherrschungsbegriffes und Beweiserleichterungen für die Kartellbehörde Abhilfe schaffen sollte. Mit der Kartellgesetznovelle von 1973 führte dieser neben der bisherigen Definition der Marktbeherrschung -nunmehr in § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB - den Begriff der "überragenden Marktstellung" in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB ein. Ferner stellte er in § 22 Abs. 3 GWB widerlegliche Vermutungen für eine Marktbeherrschung auf. Danach wird in § 22 Abs. 3 GWB vermutet, daß

1. ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des Absatzes 1 ist, wenn es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat; die Vermutung gilt nicht, wenn das Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 250 Millionen Deutscher Mark hatte;
2. die Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen
   a) drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50 von Hundert oder mehr haben oder
   b) fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von zwei Drittel oder mehr haben;

   die Vermutung gilt nicht, soweit es sich um Unternehmen handelt, die im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 100 Millionen Deutscher Mark hatten.
   Für die Berechnung der Marktanteile und der Umsatzerlöse gilt § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 6 entsprechend.

II. Die rechtliche Qualifizierung der Vermutungen

Die praktische Bedeutung und die rechtliche, insbesondere auch die verfassungsrechtliche Beurteilung der Vermutungen hängt von ihrer rechtlichen Qualifizierung sowie ihrer Einordnung in und Auswirkungen auf das jeweilige Verfahrens- und Prozeßrecht ab. Schon vor der Einführung der Vermutungen bestanden hierzu unterschiedliche Meinungen und Unklarheiten, die im Gesetzgebungsverfahren vor allem durch die in sich widersprüchlichen Äußerungen des Wirtschaftsausschusses[25] und des Rechtsausschusses[26] zutage traten. Die Regierungsbegründung führte zu den Vermutungen aus, daß sie die Beweislast umkehrten[27]. Wohl wegen der schon zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens dagegen - insbesondere auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten - vorgebrachten Kritik[28] einerseits und der Unklarheit hinsichtlich der Wirkweise der Vermutungen andererseits finden sich dann teilweise widersprüchlichen Aussagen von Rechts- und Wirtschaftsausschuß, in denen auch ein "gesetzgeberischer Dissens"[29]

---

25) Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drs. VII/765, S. 6 = WuW 1973, S.588.

26) Stellungnahme des Rechtsausschusses, BT-Drs. VII/765, Anlage 1, S. 14 = WuW 1973, S. 597.

27) BT-Drs. VI/2520, S. 24.

28) Insbesondere die Stellungnahmen von Deringer und Rittner im Hearing des Deutschen Bundestages am 9.12.1971, Kurzprotokolle über die 54. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft - unveröffentlicht-, zitiert nach Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975,S. 611 (613 Fn. 7). Vgl. auch Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19) WuW 1970, S. 197 (199 ff.) und WuW 1972, S. 1 (12 ff. Scholz R., Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, Stuttgart 1971, S. 94 ff.

29) So Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 614; Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 176; auch Baur J.F., Rechtliche Fragen der Marktbeherrschung nach der Zweiten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1973, S. 915 (918 Fn. 30).

gesehen wurde und die nicht unwesentlich zur Verwirrung und Irritationen bei der Diskussion um die Tragweite und Zulässigkeit der Vermutungen beigetragen haben. Das Problem liegt in der Schwierigkeit, zum einen das gesetzgeberische Ziel zu verwirklichen, den Kartellbehörden den Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung zu erleichtern und deren Arbeit effektiver zu gestalten, zum anderen aber die Vermutungen in das ansonsten von dem Untersuchungsgrundsatz (§§ 54, 69 GWB) beherrschten Kartellverwaltungs- und -gerichtsverfahren sinnvoll einzuordnen und anzuwenden. Einigkeit bestand im Gesetzgebungsverfahren darüber, daß durch die Novelle Vermutungsregelungen eingeführt werden sollten, die die Feststellung der Marktbeherrschung erleichtern sollten. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf von 1971, auf den diese Regelung zurückgeht[30], sollte sich die Kartellbehörde auf die Untersuchung beschränken können, ob die Voraussetzungen der Vermutung gegeben sind. Es sollte dann allein Sache der betroffenen Unternehmen sein, Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sich ergibt, daß der Tatbestand einer marktbeherrschenden Stellung trotz Vorliegens der Vermutung nicht gegeben ist.

Nach der Auffassung des Rechtsausschusses[31] haben die Vermutungen den Charakter von "Aufgreiftatbeständen" in dem Sinne, daß die Kartellbehörde bei Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen in die Prüfung der "Marktbeherrschung" eintreten müsse. Bei dieser Prüfung habe die Behörde alle für die Marktbeherrschung nach § 22 Abs. 1 GWB relevanten Tatsachen, die entweder der Behörde aufgrund ihrer Ermittlungen bekannt oder von den Unternehmen vorgetragen seien,

---

30) BT-Drs. VI/2520, S. 24. Dieser Regierungsentwurf wurde in unveränderter Fassung neu eingebracht, BT-Drs. VII/76.

31) BT-Drs. VII/765, Anl. 1, S. 14 = WuW 1973, S. 597.

zu berücksichtigen, um die Voraussetzungen der Marktbeherrschung nach § 22 Abs. 1 GWB feststellen zu können. Eine Verfügung der Kartellbehörde könne nur ergehen, wenn diese Gesamtprüfung ergebe, daß dem Marktanteil in Höhe des Vermutungstatbestandes keine Umstände gegenüberständen, aus denen das Vorliegen "wesentlichen Wettbewerbs" oder das Fehlen einer "überragenden Marktstellung" folge. Nach Auffassung des Rechtsausschusses wäre es rechtspolitisch bedenklich, den Vermutungen eine andere Auslegung zu geben.

Demgegenüber unterstrich der federführende Wirtschaftsausschuß zwar verbal eine übereinstimmende Auffassung mit dem Rechtsausschuß, läßt aber eine andere Bewertung der Vermutungen erkennen[32]. Er ist der Ansicht, daß die Vermutungen zwar ihrer Art nach eher "Aufgreiftatbestände" seien, durch die die Kartellbehörde zur Einleitung des Verfahrens veranlaßt werden solle. Lägen die Vermutungsvoraussetzungen vor, so habe die Behörde aufgrund der in diesem Verfahren geltenden Offizialmaxime von Amts wegen allen von den Unternehmen substantiiert vorgebrachten Einwänden nachzugehen, daß sie trotz des die Vermutung begründenden Marktanteils wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt seien und nicht über eine im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern überragende Marktstellung verfügten. Ließen sich diese Gegengründe nicht feststellen, so sei davon auszugehen, daß Marktbeherrschung im Sinne des Gesetzes vorliege.

Wegen dieser unterschiedlichen Ausführungen, die erhebliche Unsicherheiten bei der Beurteilung und der Tragweite der Vermutungen zum Ausdruck bringen, konnten auch Meinungsverschiedenheiten über deren rechtliche Einordnung, Bedeutung und Handhabung nicht ausbleiben.

32) BT-Drs. VII/765, S. 6 = WuW 1973, S. 588; vgl. auch die Rede des Berichterstatters des Rechtsausschusses, des Abgeordneten Albers im Bundestag am 14.Juni 1973, WuW 1973, S. 599.

Wirz[33] will die Vermutungen auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zurückführen und sie restriktiv als "bloßen Aufgreiftatbestand" interpretieren, da eine volle Ermittlungspflicht der Kartellbehörden und ein non-liquet zu Lasten der Unternehmen in einem Verfahren nach dem Untersuchungsgrundsatz in einem logischen Widerspruch zueinander ständen. Zu demselben Ergebnis kommen auch Kleinmann/Bechthold aus verfassungsrechtlichen Gründen[34]. Dagegen betonen Emmerich, Möschel und Immenga den Gesichtspunkt der Verschärfung der Mißbrauchsaufsicht und der Entlastung der Kartellbehörden und sprechen sich mehr für eine Beweisführungslast der von den Vermutungsvoraussetzungen betroffenen Unternehmen aus[35]. Möhring bezeichnet die Vermutungen sogar als "(unwiderlegliche) Vermutungen", allerdings ohne weitere Begrün-

---

33) Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 614, 616 ff. ders., Der Marktbeherrschungsbegriff nach § 22 GWB, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, FIW-Schriftenreihe, Heft 66, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, S. 41 (42); Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Kommentar, Loseblatt, Stand: Oktober 1980, Frankfurt a. M., IV. Teil, § 22, S. 200 n.(f.); vgl. auch Tessin C. Die Kartellnovelle 1973, AG 1973, S. 321 (322).

34) Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 115; vgl. auch Bechtold R., a.a.O. (Fn. 19), DB 1974, S. 1944 f.; Gleiss/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), BB 1973, S. 1146 f.

35) Emmerich V., Kartellrecht, 3. Aufl. der Schrift "Wettbewerbsrecht", München 1979, S. 180; Möschel W. a.a.O. (Fn. 24), S. 176 ff., der von einer "atypischen Zwischenform" spricht (S. 183). Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 720 f. und Leo H.-C., WRP 1970, S. 197 ff. sowie WRP 1972, S. 12 ff. begründen ihre verfassungsrechtlichen Bedenken ebenfalls mit der Einführung einer Beweisführungslast; im gleichen Sinne zuletzt Meier G., Verfassungsfragen der kartellrechtlichen Vermutungs- und Beweislastregeln, ZHR 145 (1981), S. 393 (408 ff.). Dabei sprechen sich Möschel und Immenga dafür aus, daß die Kartellbehörden verpflichtet seien, nur den von den Unternehmen gegen die Vermutung sprechenden konkreten Hinweisen nachzugehen; Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 176 ff. (183); Immenga U., in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981, § 22 Rdn. 89. Emmerich V. hat später seine Ansicht im Hinblick auf die Rspr. des BGH korrigiert; vgl. Kartellrecht, 4. Aufl., der Schrift "Wettbewerbsrecht", München 1982, S. 174 f.

dung[36]. Ramrath und Emrich qualifizieren die Vermutungen als kodifizierte "Prima facie - Regeln"[37].

Das überwiegende Schrifttum sieht in den Vermutungen über ihre Wirkung als bloße Aufgreifkriterien hinaus zu Recht eine Regelung der materiellen Beweislast, die auch als objektive Beweislast oder Feststellungslast bezeichnet wird, wobei sich aber auch hier Meinungsverschiedenheiten und Unklarheiten hinsichtlich der Reichweite der Ermittlungspflicht der Kartellbehörden und der Widerlegung der Vermutungen feststellen lassen[38].

---

36) Möhring P., Kontrahierungszwang nach neuem Kartellrecht, DB 1974, S. 223 (225).

37) Ramrath St., Die "überragende Marktstellung" als Merkmal der Fusionskontrolle, FIW-Schriftenreihe, Heft 84, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 80; Emrich H., Die Problematik der Fusionskontrolle bei Konglomeraten, Berlin 1978, S. 94 in verfassungskonformer Auslegung; ähnlich Huber U., Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Wettbewerbsrecht, in: Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, FIW-Schriftenreihe, Heft 80, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, S. 138.

38) Baur J.F., a.a.O. (Fn. 29), BB 1973, S. 917 ff.; Börner B., Preiskontrollen durch Kartellbehörden nach § 22 GWB, in: Bd. 39/40 der VEnergR, Düsseldorf/Frankfurt 1977, S. 6 (9); Ebel H.-R., Kartellrecht, GWB und EWG-Vertrag, Kommentar, Loseblatt, Stand: Dezember 1980, Frankfurt a.M., § 22 Rdn. 37; Ernestus M., Das Diskriminierungsverbot des § 26 II GWB nach der Zweiten Kartellnovelle - zugleich ein Beitrag zum Begriff der Vermutung der Marktbeherrschung im neuen § 22 III GWB, Diss. Frankfurt 1976, S. 88; Frankfurter Kommentar zum GWB, Köln, Loseblatt, Stand: November 1982, § 22 Tz. 339; Geis I., Das Tatbestandsmerkmal Marktbeherrschung in § 22 GWB, Diss. 1975, S. 66 ff.; Hitzler G., Systeme der Fusionskontrolle, Bd. 4 der Schriftenreihe Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München 1979, S. 187; Huber G., Das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluß, insbesondere durch Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens, WuW 1975, S. 371 (378); Langen, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 21), § 22 Rdn. 36; Meinhold W., Diversifikation, konglomerate Unternehmen und Gesetz gegen

Dem hat sich auch die Rechtsprechung nach anfänglichen Unsicherheiten[39] angeschlossen. Dies kommt besonders in dem insoweit grundlegenden Beschluß des Bundesge-

---

noch Fn. 38) Wettbewerbsbeschränkungen, FIW-Schriftenreiche, Heft 79, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 108; Moosecker K., Fusionskontrolle und Rechtssicherheit, GRUR 1978, S. 517 (521); Müller/Gießler/Scholz/ Wirtschaftskommentar zum GWB, 4. Aufl., Bd. I, Frankfurt a.M. 1981, § 22 Rdn. 60. Raisch/Sölter/Kartte, Fusionskontrolle Für und Wider, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1970, S. 26; Rauschenbach G., Die Hauptprobleme der Kartellnovelle für die Unternehmen und ihre Berater, NJW 1973, S. 1857 (1860 f.); Röhling E., Fusionskontrolle nach dem Kartellgesetz DB 1973, S. 1585 (1589); Sack R., Zum erweiterten Adressatenkreis des Diskriminierungsverbotes, GRUR 1975, S. 511 (517); Scholz R.,a.a.O. (Fn. 28), S. 94 ff.; von Gamm O.-F., Kartellrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, Köln/Berlin/Bonn/München 1980, § 22 Rdn. 16; Weißenborn M., Der Adressatenkreis in § 26 Abs. 2 GWB, Diss., 1974, S. 82 ff. (88); Westrick/Löwenheim, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Herne/Berlin, Loseblatt, Stand: 1.6.1980, § 22 Bem. 37.

39) Noch unklar KG, Beschl. v. 20.11.1973, WuW/E OLG 1429, 1434 ("Deutscher Fußballbund") = BB 1974, S. 619 f.; wo das KG, ohne daß es allerdings auf die Vermutungen angekommen ist, von "Aufgreiftatbeständen" des § 22 Abs. 3 GWB spricht. Im Beschluß des KG im BP-Benzin-Preis-Mißbrauchsverfahren v. 14.5.1974, WuW/E OLG 1467, 1468 f. wird mit keinem Wort auf die Vermutung nach § 22 Abs. 3 Nr. 2 GWB eingegangen, obwohl deren Voraussetzungen vorlagen. Die Verfügung des BKartA wurde deswegen aufgehoben, weil das Amt nicht überzeugend dargelegt habe, daß zwischen der Beschwerdeführerin und den Oligopolunternehmen kein wesentlicher Wettbewerb bestehe. Den Begriff "Aufgreifkriterien" benutzt das KG auch im Fall "Sachs", Beschl. v. 1.12.1976, WuW/E OLG 1745, 1751, wobei dann allerdings festgestellt wird, daß eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Gesetzes vorliege, wenn sich gegenüber der Vermutung Gegengründe nicht feststellen ließen.

richtshofs vom 21.2.1978 ("Kfz-Kupplungen") besonders deutlich zum Ausdruck[40]. Darin heißt es, daß, soweit nach § 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB zu vermuten sei, daß das Unternehmen wegen seines Marktanteils marktbeherrschend sei, diese Vermutung auch aufgrund der der Kartellbehörde von Amts wegen obliegenden Untersuchung aller wettbewerbsrelevanter Umstände im Sinne einer Gesamtprüfung unwiderlegt geblieben sein müsse. Ebenso deutlich führt der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 2.12.1980 ("Klöckner-Becorit")[41] aus, daß die gesetzliche Vermutung ihre bindende Kraft erst entfalten könne, wenn das Gericht nach der ihm obliegenden freien Beweiswürdigung des gesamten Verfahrensergebnisses eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens weder auszuschließen noch zu bejahen vermöge.

---

40) BGH, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501, LS 1, 1502 f. = BGHZ 71, S. 102 (108).

41) BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, LS 1, 1753 f. = BB 1980, S. 569 (571);
Vgl. ferner BGH, Beschl. v. 16.12.1976, WuW/E BGH 1445, 1449 ("Valium"); Beschl. v. 12.12.1978, WuW/E BGH 1533, 1534 f. ("Erdgas Schwaben"); Beschl. v. 26.6.1979, WuW/E BGH 1620, 1621 ("Revell Plastics");
KG, Beschl. v. 1.12.1976, WuW/E OLG 1745, 1751 f. ("Sachs"); Beschl. v. 26.1.1977, WuW/E OLG 1767, 1770 ("Kombinationstarif"); Beschl. v. 14.4.1978, WuW/E OLG 1983, 1985("Rama-Mädchen"); Beschl. v. 28.8.1979, WuW/E OLG 2182, 2184 f. ("hydraulischer Schreitausbau"); Beschl. v. 16.1.1980, WuW/E OLG 2234, LS 1, 2235 ("Blei- und Silberhütte Braubach");
OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E OLG 1913, 1914 ("Allkauf"); Beschl. v. 30.3.1978, WuW/E OLG 1925, 1927 ("Revell Plastics").

Für das BKartA steht verständlicherweise die mit den Vermutungen bezweckte Erleichterung der Nachweismöglichkeiten einer marktbeherrschenden Stellung und die Effektivität der Mißbrauchsaufsicht im Vordergrund. Es sieht in den Vermutungen nicht allein verfahrensrechtliche Bestimmungen, die es nur dazu veranlassen sollen, ein Verfahren in Gang zu setzen, sondern beurteilt sie vor allem als sachentscheidende Normen mit materieller Wirkung. Dies ist den Stellungnahmen des BKartA in seinen Tätigkeitsberichten, den Aussagen der Leiter der Beschlußabteilungen und ihrer Verwaltungspraxis zu entnehmen. Danach haben die Vermutungen auch Bedeutung für die Fälle, in denen Zweifel an der Wesentlichkeit des Wettbewerbs oder der überragenden Marktstellung nicht ausgeräumt werden können[42]. Eine marktbeherrschende Stellung sieht das BKartA auch dann als erwiesen an, wenn sich eine Widerlegung der vermuteten Marktbeherrschung weder aus den dem BKartA vorliegenden Unterlagen noch aus der Prüfung der vorgebrachten Einwände ergibt[43]. Damit entspricht die Verwaltungs-

---

42) BKartA, TB 1973, BT-Drs. 7/2250, S. 6; BKartA, TB 1974, BT-Drs. 7/3791, S. 9, 11; vgl. zur Rechtsansicht des BKartA auch Lanzenberger F., Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, FIW-Schriftenreihe, Heft 66, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, S. 75 (79); Niederleithinger E., Praxis der Marktbeherrschungs- und Fusionskontrolle 1974/75, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1974/75, FIW-Schriftenreihe, Heft 73, Köln/Berlin/Bonn/München 1976, S. 73 (75 f.).

43) Ständige Praxis des BKartA, vgl. Beschl. v. 7.1.1974, WuW/E BKartA 1457, 1461 ("VEBA - Gelsenberg"); Beschl. v. 4.2.1974, WuW/E BKartA 1475, 1479 ff. ("Haindl/Holtzmann"); Beschl. v. 29.5.1974, WuW/E BKartA 1517, 1520 ("Bitumen-Verkaufsgesellschaft"); Beschl. v. 18.11.1974, WuW/E BKartA 1561, LS 3, 1564 f. ("o.b."); Beschl. v. 23.12.1974, WuW/E BKartA 1571, 1572 ff. ("Kaiser-VAW"); Beschl. v. 9.3.1978 WuW/E BKartA 1709, 1711 (" Bertelsmann-Deutscher Verkehrsverlag"); Beschl. v. 30.7.1978, WuW/E BKartA 1727, 1730 ("RWE-Energieversorgung Leverkusen"); Beschl. v. 23.9.1980, WuW/E BKartA 1837, 1838 ("Bayer France - Firestone France").

praxis jedenfall verbal wohl der Rechtsauffassung der Rechtsprechung[44] und der überwiegenden Meinung im Schrifttum[45]. Allerdings läßt sich nicht immer eindeutig erkennen, ob das BKartA letztlich aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse beziehungsweise der Bewertung des Marktanteils der betroffenen Unternehmen als hervorragendes Indiz von einer marktbeherrschenden Stellung dieser Unternehmen überzeugt gewesen ist oder eine allein auf die Vermutungen gestützte "Beweislastentscheidung" getroffen hat. Das BKartA läßt dies oft offen und arbeitet mit Hilfs- und Doppelbegründungen, da diese Frage für ihre Entscheidung auch letztlich dahinstehen kann[46].

III. Die verfassungsrechtliche Diskussion

Die verfassungsrechtliche Problematik der Vermutungsregelung des § 22 Abs. 3 GWB ist vorwiegend gekennzeichnet durch ein Spannungsverhältnis zwischen der Effektivität der Mißbrauchsaufsicht und den rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien, deren Postulate nicht ohne die Gefahr eines Verfassungsverstoßes angetastet werden können, die aber andererseits oft als Hemmschuh für die Durchsetzung der als richtig und erforderlich gehaltenen gesetzlichen Regelungen angesehen werden.

---

44) S.o.S. 18, (Fn. 40, 41).

45) S.o.S. 16, (Fn. 38).

46) Vgl. z.B. Beschl. v. 7.1.1974, WuW/E BKartA 1457, 1459 ff. ("VEBA - Gelsenberg"); Beschl. v.16.10.1974, WuW/E BKartA 1526, 1527 ("Valium - Librium"); Beschl. v. 18.11.1974, WuW/E BKartA 1561, 1563 f. ("o.b."); Beschl. v. 23.12.1974, WuW/E BKartA 1571, 1572 ff. ("Kaiser-VAW"); aus der neueren Verwaltungspraxis z.B. Beschl. v. 30.3.1979, WuW/E BKartA 1799, 1780 ("Blei- und Silberhütte Braubach"); Beschl. v. 22.10.1979, WuW/E BKartA 1817, 1819 ("Fertigfutter"), Beschl. v. 24.6.1980, WuW/E BKartA 1853, 1855 ("Braun-Almo"). Vgl. auch Frankfurter Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 38), § 22 Tz 344 f. m.w.N. aus der Kartellamtspraxis. In keinem Fall haben die Kartellbehörden ihre Entscheidungen ausschließlich auf die Vermutungen gestützt.

Daher setzt eine verfassungsrechtliche Kritik gegenüber solchen, die Stellung der Verwaltungsbehörde stärkenden, die Rechtsunterworfenen aber belastenden Vermutungsregelungen vor allem an deren Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen an. Richtiger Ausgangspunkt ist die rechtliche Qualifizierung der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen im kartellrechtlichen Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren. Mußte vor der Einführung der Vermutung die Kartellbehörde einem Unternehmen, gegen das eine Mißbrauchsverfügung nach § 22 Abs. 5 GWB ergehen sollte, dessen marktbeherrschende Stellung nachweisen, so reicht es nunmehr aus, wenn die Vermutungsvoraussetzungen gegeben sind und es letztlich unbewiesen bleibt, ob das Unternehmen wirklich marktbeherrschend ist oder nicht. Gerade wegen der bislang bestehenden Nachweisschwierigkeiten der Kartellbehörden und der darauf beruhenden geringen Effektivität der Mißbrauchsaufsicht hatte sich der Gesetzgeber zur Einführung der Vermutungen entschlossen. Darüberhinaus ist zu bedenken, daß sich die Marktbeherrschungsvermutungen auch auf die Fusionskontrolle nach §§ 23 ff. und das Diskriminierungsverbot nach § 26 GWB, beides Eingriffstatbestände, die ebenfalls an das Merkmal einer marktbeherrschenden Stellung anknüpfen, auswirken, wobei das Diskriminierungsverbot nach § 26 GWB i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB unmittelbar bußgeldbewehrt ist.

Schon während der parlamentarischen Beratungen waren die Marktbeherrschungsvermutungen verfassungsrechtlich umstritten. Im Hearing des Deutschen Bundestages zur Kartellnovelle am 9.12.1971 machte ein Teil der Sachverständigen Bedenken gegen die Vermutungen aus rechts-

staatlichen Gründen geltend[47]. So hatte Deringer verfassungsrechtliche Vorbehalte, weil die Unternehmen nicht an die Tatsachen gelangen könnten, die sie zur Widerlegung benötigten. Rittner hielt sie für unzulässig, da es sich um ein Eingriffsverfahren handele und sprach sich für eine verfassungskonforme Auslegung aus[48]. Die Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Zweifel läßt sich auch den gegenüber der Regierungsbegründung[49] vorsichtigen Formulierungen der Ausschüsse, insbesondere des Rechtsausschusses entnehmen, der es für rechtspolitisch bedenklich hielt, den Vermutungen eine andere als die dargelegte Auslegung zu geben[50]. Die CDU/CSU-Fraktion hat im Wirtschaftsausschuß gegen die Vermutungen gestimmt[51] und bei Zustimmung zur Kartellnovelle im Ganzen die Vermutungen aus grundsätzlichen und rechtspolitischen Gründen abgelehnt[52].

Verfassungsrechtliche Bedenken sind - teilweise allerdings schon zu den Referentenentwürfen, die dem Grunde nach aber auch für die zum Gesetz gewordene Fassung gelten - daneben auch in der Literatur vor allem von Leo[53], Knöpfle[54], Raisch[55], Scholz[56]

---

47) Kurzprotokolle über die 54. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft (unveröffentlicht), zitiert nach: Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), S. 613 (Fn.7).

48) Hierzu auch Rittner F., a.a.O. (Fn. 19), S. 430 ff.; Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 115.

49) S.o.S. 13, (Fn. 30).

50) S.o.S. 13 f., (Fn. 31).

51) Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drs. VII/765, S. 6.

52) Protokoll der Plenarsitzung des BT v. 14.6.1973, S. 2309, 2316. Vgl. auch die Ausführungen der Abgeordneten Albers und Dr. Schachtschabel, Stenographische Berichte der 42. Sitzung des BT v. 14.6.1973, S. 23, 25 ff.

und Kleinmann/Bechtold[57] geltend gemacht worden. Ansatzpunkte der Kritik sind in erster Linie auch hier rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze. Zum einen wird dabei die Unvereinbarkeit solcher, vor allem aus dem Zivilrecht bekannten widerleglichen Vermutungen mit dem im Kartellrecht gem. §§ 54 u. 69 GWB geltenden Untersuchungsgrundsatz[58], nach dem die Kartellbehörden- und im Beschwerdeverfahren die Kartellgerichte-den ihrer Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären haben, gerügt[59]. Zum anderen sollen die Vermutungen dem Grundsatz einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung, nach der die tatsächlichen Voraussetzungen für Verwaltungsmaßnahmen, wie sie die Mißbrauchsverfügungen darstellen, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden müßten, widersprechen. Dieser Grundsatz würde ins Gegenteil verkehrt, wenn die Kartellbehörden schon dann eingreifen könnten, wenn es im Einzelfall fraglich bliebe, ob das betroffene Unternehmen wirklich marktbeherrschend sei. Die materielle Rechtslage, nach der nur marktbeherrschende Unternehmen der Mißbrauchsaufsicht unterliegen, liefe daher Gefahr, durch die Umkehr der Beweislast unterlaufen zu werden[60]. Dies

---

53) Leo H.-C., a.a.O.(Fn. 19),WRP 1970, S. 197 ff. u. WRP 1972, S. 12 ff.

54) Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 722 f.

55) Raisch P., a.a.O. (Fn. 38), S. 26, (Fn. 57).

56) Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 94 ff.

57) Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 115; vgl. auch Bechtold R., a.a.O. (Fn. 19), DB 1974, S. 1945 f.; Gleiss/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), BB 1973, S. 1146 f.

58) Vgl. hierzu nur BGH, WuW/E BGH 990, 991, ("Papierfiltertüten II")sowie die Kommentierung bei Langen, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 21), zu §§ 54, 69 GWB.

59) Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 200 u. WRP 1972, S. 12 f.; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970. S. 723; Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 431.

60) S. Fn. 57 und 59.

solle umso mehr gelten, als entgegen den Bekundungen des Gesetzgebers, daß beim Vorliegen der Vermutungen "mit hoher Wahrscheinlichkeit" das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung angenommen werden könne[61], diese Aussage einer hinreichenden empirischen Begründung entbehre und vielmehr im Widerspruch zu bisherigen Erfahrungen und höchstrichterlichen Entscheidungen stünde; jedenfalls fehle es an entsprechenden Feststellungen, daß die Unternehmen, die die Vermutungsvoraussetzungen erfüllten, regelmäßig oder typischerweise marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 Abs. 1 oder 2 GWB seien[62]. Dies führt auch zu Überlegungen, ob die Vermutungen zu einer im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG unzulässigen Gleichbehandlung von marktbeherrschenden und nicht marktbeherrschenden Unternehmen führten und so eine systemwidrige Verfremdung der Mißbrauchsaufsicht darstellten[63]. Ferner würde ein von der Vermutungsregelung betroffenes Unternehmen bei der Widerlegung der Vermutung vor Schwierigkeiten gestellt, die ihm in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren nicht zugemutet werden könnten. Die Vermutungen würden die Unternehmen gegenüber den Kartellbehörden in eine unzumutbare "Waffenunterlegenheit" versetzen, praktisch kaum widerlegbar sein und insgesamt dem Verhältnismäßigkeitsgrundstz widersprechen[64]. Darüber hinaus

---

61) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drs. VI/2520, S. 24; Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drs. 7/765, S. 6; vgl. auch unter Hinweis darauf BKartA TB 1973, BT-Drs.7/2250, S. 6.

62) Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 201 m.w.N. u. WRP 1972, S. 13 f.; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 723; Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 431; Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 115; vgl. auch Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 614 ff.

63) Vgl. vorige Fn.

64) Vgl. vorige Fn.

ist zu bedenken, daß der Verstoß gegen eine unanfechtbar gewordene Mißbrauchsverfügung nach § 38 Abs. 1 Nr. 4 GWB bußgeldbewährt ist, so daß die für eine Feststellung eines Bußgeldtatbestandes bestehenden rechtsstaatlichen Garantien weitere verfassungsrechtliche Ansatzpunkte bieten. Diese auf Art. 103 Abs. 2 GG und den Grundsatz "in dubio pro reo" gestützte Argumentation wird überwiegend auch zur Begründung der Unzulässigkeit einer Übertragung der Vermutungen auf § 26 Abs. 2 GWB herangezogen, da das Diskriminierungsverbot im Gegensatz zu § 22 GWB eine Verbotsnorm ist, deren Verletzung nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB unmittelbar eine bußgeldbewährte Ordnungswidrigkeit darstellt[65].

IV. Resümee

Gesetzliche Regelungen im Wirtschaftsrecht und insbesondere die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen normierten Eingriffstatbestände und deren Handhabung haben schon immer eine verfassungsrechtliche Kritik herausgefordert oder zumindest zu verfassungsrechtlichen Bedenken Anlaß gegeben[66]. Darüber hinaus

---

65) Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 200, 203 u. 1972, S. 13, 20; Raisch P., a.a.O. (Fn. 38), S. 26 (Fn. 57); Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 15; Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 432; Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 96 ff.; vgl. ferner gegen eine Übertragung der Vermutungen auf einen Bußgeldtatbestand Benisch W., in: Gemeinschaftskommentare zum GWB, hrsg. von Müller-Henneberg/Schwarz, 4. Aufl., 9. Lfg., Köln/Berlin/Bonn/München 1981, § 26 Rdn. 13; Müller/Gießler/Scholz, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 38), § 26 Rdn. 62; anderer Ansicht: Langen, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 38), § 26 Rdn. 62; Emmerich V., a.a.O. (Fn. 35), S. 180; Sack R., a.a.O. (Fn. 38), GRUR 1975, S. 517.

66) Z.B. Lukes R., Preisvergleich ..., a.a.O. (Fn. 21), S. 118 ff.; ders., Wettbewerb und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, n.F. Bd. 20/I, 2. Aufl., Berlin 1971, S. 578 (596 f.); zur Preismißbrauchsaufsicht vgl. die Nachweise bei Salje P., a.a.O. (Fn. 21), S. 83, Fn. 44; Scholz R., a.a.O. (Fn. 28).

gab der Gesetzgeber im Rahmen der Zweiten Kartellnovelle neben den materiellen Regelungen mit der Einführung der Vermutungen in § 22 Abs. 3 GWB dazu Anlaß, sich mit dem Problem der verfassungsrechtlichen Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung der Beweislast auseinanderzusetzen. In der Tat wirft die durch die Vermutungen bewirkte "Umkehrung der Beweislast" und die dadurch erfolgte Belastung der betroffenen Unternehmen verfassungsrechtliche Bedenken auf. Hätte man aber wegen der ansonsten häufig anzutreffenden Erörterung verfassungsrechtlicher Fragen im Bereich des Wettbewerbsrechts und der als problematisch erkannten Vermutungsregelung eine grundsätzliche Auseinandersetzung über dieses Regelungsinstrument des Gesetzgebers erwartet, wurde man durch die Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung eher enttäuscht. Überwiegend wurden die Vermutungen kritiklos hingenommen. Das Schrifttum begnügt sich - von den zitierten vereinzelten und nicht erschöpfenden Stellungnahmen abgesehen - mit der Feststellung der Verfassungsmäßigkeit und dem Aufzeigen von Marktverhältnissen, bei denen die "Vermutungen" widerlegt sind[67]. Auch die Rechtsprechung geht offensichtlich von einer verfassungsrechtlich unproblematischen Regelung aus, da sie mit keinem Wort auf die hieran geäußerten Zweifel eingeht[68]. Es besteht nur bei der Frage der Übertragbarkeit auf den unmittelbaren Bußgeldtatbestand des Diskriminierungsverbots des § 26 Abs. 2 GWB eine wegen des auch für Bußgeldtatbestände grundsätzlich geltenden Rechtssatzes "in dubio pro reo" zumindest eine allgemeine Übereinstimmung hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Relevanz von belastenden Beweislast- und Ver-

---

67) Vgl. Fn. 35 - 38.
68) Vgl. Fn. 40 u. 41.

mutungsregelungen[69]. Ein Grund für diesen insgesamt negativen Befund mag darin liegen, daß sich das kartellrechtliche Schrifttum, von Ausnahmen abgesehen[70], jedenfalls in der Vergangenheit recht wenig um verfahrensrechtliche Fragen und Rechtsschutzmöglichkeiten bemüht und sein Augenmerk in erster Linie auf die Normen des materiellen Kartellrechts gerichtet hat. Zudem ist schon darauf hingewiesen worden[71], daß die verfassungsrechtliche Bedeutung von Beweislast- und Vermutungsregelungen ohnehin in der Rechtswissenschaft allgemein bislang wenig erörtert worden ist. Daher ist es nicht allzu verwunderlich, daß ganz überwiegend auch

---

69) Vgl. Fn. 65 m.w.N. sowie Raisch P., Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 355 (395); dens., Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen, ZHR 128 (1966), S. 161 (172); für eine Beschränkung auf das Untersagungsverfahren: BKartA, Beschl. v. 22.10.1979, WuW/E BKartA 1817, LS 1, 1819 ("Fertigfutter"); Beschl. v. 21.3.1979, WuW/E BKartA 1781, 1783 ("Identteile"); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E OLG 1913, 1914 ("Allkauf"); offengelassen OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.1978, WuW/E OLG 1925, 1927 ("Revell Plastics"); tendentiell BGH, Beschl. v. 26.6.1979, WuW/E 1620, wobei diese Frage im Ergebnis offengelassen werden konnte, ("Revell Plastics").

70) Vgl. insbes. die grundlegende Darstellung von Schmidt K., Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Köln/Berlin/Bonn/München 1977; dens., Gerichtsschutz in Kartellsachen, Heidelberger Forum, Bd. 10, Heidelberg 1980; Soell H., Das Ermessen der Eingriffsverwaltung, Heidelberg 1973; Lerche/Degenhardt, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Mißbrauchsaufsicht, Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 16, Düsseldorf 1979; Lieberknecht O., Probleme des Verfahrensrechts in Kartellsachen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78, FIW-Schriftenreihe, Heft 86, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 65 ff.

71) S.o.S. 1 ff.

im Kartellrecht den widerleglichen Vermutungen kaum verfassungsrechtliche Bedenken entgegengebracht wurden[72], und auch die vereinzelt vorgebrachten kritischen Äußerungen[73] vermögen wenig zu überzeugen. Dies dürfte teilweise an der Kürze der Darstellungen liegen, die zu Vereinfachungen zwingt und es mit sich bringt, daß eine verfassungsrechtliche Unzulässigkeit, vor allem aus rechtsstaatlichen Gründen, mehr behauptet und thesenartig vorgetragen als hinreichend begründet wird. Die Diskussion wurde zudem dadurch erschwert, daß bereits beim Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Bewertung, der Frage nach dem Inhalt, der Wirkweise und Tragweite der Vermutungen auf das Kartellverfahren, und in der Terminologie Unterschiede und Unklarheiten festzustellen sind. So gehen Leo und Knöpfle bei ihrer verfassungsrechtlichen Kritik von einer "Beweisführunglast" der betroffenen Unternehmen aus[74], während Kleinmann/Bechtold, Rittner und Scholz das rechtsstaatliche Problem gerade in der Umkehr der "objektiven Beweislast"[75] sehen. Im übrigen beschränken sich die Aussagen oft auf Einzelaspekte und pauschale Urteile[76], wobei die umfangreichen und differenzierenden Stellungnahmen

---

72) So vor allem Emmerich V., a.a.O. (Fn. 35), S. 180; Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 176 ff.; vgl. aber auch das in Fn. 38 angegebene Schrifttum.

73) Vgl. Fn. 53 - 57.

74) Vgl. Fn. 35.

75) Vgl. Fn. 56, 57, 59.

76) S.o.S. 23 ff.; Raisch P., a.a.O. (Fn. 38), S. 26, Fn. 57 beschränkt sich auf die Problematik des Bußgeldtatbestandes; Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19) § 22 Rdn. 15; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 723 u. Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 431 begnügen sich mit der Feststellung eines Verstoßes gegen rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze; Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 94 ff. u. Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 177 ff. untersuchen Art. 103 Abs. 2 GG und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

der verwaltungsrechtlichen Literatur und Rechtssprechung kaum beachtet wurden.

Daher ist es nicht verwunderlich, daß die verfassungsrechtliche Kritik in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend keinen Widerhall gefunden hat. Nach den punktuellen Ansätzen einer verfassungsrechtlichen Erörterung der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB wurde dieses Thema weiter kaum behandelt. Nicht nur die überwiegende Literatur und die Rechtsprechung, sondern auch die von den Vermutungen betroffenen Unternehmen scheinen sich mit dieser Regelung abgefunden zu haben, da verfassungsrechtliche Einwände weder in den Beschwerdeverfahren noch etwa mittels einer Verfassungsbeschwerde gegen eine auf die Vermutungen gestützte rechtskräftige letztinstanzliche Entscheidung vorgebracht wurden[77]. Sie richten sich in der Praxis danach und versuchen sich gegenüber den Vermutungen zu verteidigen, indem sie sich durch eine andere Marktabgrenzung bzw. Berechnung der Marktanteile gegen die Vermutungsvoraussetzungen zu Wehr setzen oder unter Berufung auf den Wettbewerb die Widerlegung der Vermutung geltend machen[78]. Somit scheint das gesetzestechnische Mittel des Gesetzgebers, mit Hilfe einer Vermutungsregelung zu Lasten des Bürgers die Effektivität der Verwaltung zu stärken, eine Eingriffnorm durchsetzbarer zu machen und diese selbst in Zweifelsfällen anwenden zu lassen,

---

77) Der einzige Ansatz einer solchen Kritik ist aus dem Vorbringen im Fall "Klöckner-Becorit", BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, 1753 erkennbar, wo gerügt wurde, daß das KG in Verkennung der Bedeutung der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB diese ohne hinreichende Feststellungen zu den Wettbewerbsverhältnissen angewendet habe.

78) Vgl. zur Fallpraxis Fn. 40 - 43. Zur Bedeutung der Vermutungen vgl auch Frankfurter Kommentar, a.a.O. (Fn. 38), § 22 Tz. 344 f. m.w.N.

allgemein akzeptiert zu werden. Es ist daher auch verständlich, wenn in der Folgezeit zunehmend erörtert und gefordert wurde, dieses Regelungsinstrument, das sich im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle "bewährt" hätte, auf weitere Bereiche zu übertragen, in denen die Kartellbehörden vor ähnlichen Nachweisschwierigkeiten standen und das Eingriffsinstrumentarium als unzureichend empfunden wurde[79]. Markante Beispiele sind hierfür die durch die Vierte GWB-Novelle[80] neu eingeführten Vermutungs- und Beweislastregelungen in § 23 a GWB und § 26 Abs. 2 GWB[81]. Bedenklich ist hierbei, daß sich der Gesetzgeber zu-

---

79) Vgl. nur BKartA, TB 1976, BT-Drs. 8/704, S. 20 u. 80; Monopolkommission, Hauptgutachten II (1976/1977), Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen, Baden-Baden 1978 Tz. 466 ff.; Stellungnahme der Bundesregierung zum Hauptgutachten I, BT-Drs. 8/702 Tz. 49 f.

80) Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.April 1980 (BGBl. I S. 458); vgl. hierzu RegE, BR-Drs. 231/78 = BT-Drs. 8/2136.

81) Vgl. hierzu Bechtold R., Schwerpunkte der 4. GWB-Novelle. Anmerkungen zum Referentenentwurf, BB 1980, S. 565 ff.; Bernotat W., Fusionskontrolle bei Oligopolen unter Berücksichtigung des Oligopoltatbestandes des § 23 a Abs. 2 GWB, WuW 1980, S. 713 ff.; Ebel H.-R., Vierte Kartellnovelle in Kraft getreten, DB 1980, S. 1105 ff.; aus dem umfangreichen Schrifttum zur Vierten Kartellnovelle ferner: Immenga U., Schwerpunkte der Vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1980, S. 1417 ff.; Jüngst R., Marktbeherrschungsbegriff "überragende Marktstellung" (§ 22 I Nr. 2 GWB) und Diversifikation, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Bd. 33, Berlin 1980, S. 278 ff.; Kaiser J.H., Fusionskontrolle oder Fusionsverbot? Die Vermutungstatbestände des Entwurfs der IV. GWB-Novelle WuW 1978, S. 344 ff.; Loewenheim U., Die Fusionskontrolle in der vierten Novelle zum GWB; WRP 1978, S. 847 ff.; Nagel B., Kann die Fusionskontrolle ihren Anspruch einlösen, DB 1979, S. S. 1021 ff.; Schmidt J., Hauptprobleme der vierten GWB-Novelle, Wirtschaftsdienst 1978, S. 71 ff.; Schmidt K., Vierte Kartellrechtsnovelle zwischen Effektivitäts- und Legitimationsproblemen, ZRP 1979, S. 38 ff. (42 f.); Schütz J. Vermutungen statt Prognosen - Zur Bedeutung der Vermutungen des § 23 a des

nehmend belastender Vermutungsregelungen bedient, obwohl ihm die verfassungsrechtlichen Bedenken bekannt sind, die verfassungsrechtliche Problematik ungeklärt ist und über Inhalt, Wirkweise und Tragweite der Vermutungen erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen. Wer insoweit von der Regierungsbegründung ein klärendes Wort erwartet hatte, sah sich getäuscht. In der Begründung heißt es lediglich, daß hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung der Vermutungstatbestände im vollem Umfang die Feststellungen gelten sollten, die der Wirtschaftsausschuß und der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages anläßlich der Einführung der Marktbeherrschungsvermutungen in § 22 Abs. 3 GWB getroffen hätten[82]. Diese Feststellung muß angesichts der schon beschriebenen Unklarheiten und Widersprüche in den Stellungnahmen der Ausschüsse verwundern und deutet darauf hin, daß sich der Gesetzgeber über die rechtliche Einordnung auch der neuen Vermutungen wenig Gedanken gemacht hat[83].

---

noch Fn. 81) Entwurfs einer 4. Kartellgesetznovell bei vertikalen und konglomeralen Zusammenschlüssen, DB 1979, S. 197 ff.; Schultz K.-P., Die Vermutungen des § 23 a GWB (unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Oligopolvermutung des § 23 a Abs. 2), WuW 1981, S. 102 ff.; Ulmer P., Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung(§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37 a Abs. 3 GWB), WuW 1980, S. 474 ff. (480 ff.); Wolff D., Fortentwicklung der Fusionskontrolle, WuW 1980. S. 462 (468 ff.).

82) BR-Drs. 231/78 = BT-Drs. 8/2136, S. 12; vgl. auch auch die Stellungnahme des Wirtschaftsausschusses BT-Drs. 8/3696, S. 26. Zu den Auffassungen der Ausschüsse hinsichtlich § 22 Abs. 3 GWB s.o.S. 12 ff., Fn. 31 u. 32.

83) Dies betonen vor allem Bechtold R., a.a.O. (Fn. 81), BB 1978, S. 566; Bernotat W., a.a.O. (Fn. 81), WuW 1980, S. 714; Loewenheim U., a.a.O. (Fn. 81), WRP 1978, S. 848; Schütz J., a.a.O. (Fn. 81), DB 1979, S. 198. Die Unsicherheit bei der Einordnung der Vermutungen läßt auch das übrige in Fn. 81 genannte Schrifttum erkennen.

Die gegen die neuen Vermutungen teilweise vorgebrachte Kritik[84] läßt keine neuen Ansatzpunkte einer aufkommenden grundlegenden verfassungsrechtlichen Diskussion erkennen.

Die Analyse der Diskussion um die Vermutungen ergibt somit, daß die bei der Einführung der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB zum Teil erkannten verfassungsrechtlichen Probleme dieses Regelungsinstruments - wenn überhaupt - nur sehr oberflächlich behandelt worden sind und in keiner Weise als ausdiskutiert angesehen werden können. Vielmehr bewirkte die unzureichende verfassungsrechtliche Aufarbeitung und überwiegende Akzeptanz, daß sich der Gesetzgeber ermutigt fühlen kann, Beweislast- und Vermutungsregelungen in zunehmendem Maße zu normieren[85]. Damit besteht die Gefahr, daß eine be-

---

84) Bechtold R., a.a.O. (Fn. 81), BB 1978, S. 566 ff.; Kaiser J.H., a.a.O. (Fn. 81), WuW 1978, S. 353 ff.; Schmidt K., a.a.O. (Fn. 81), ZRP 1979, S. 42 f.; Schütz J., a.a.O. (Fn. 81), DB 1979, S. 198.

85) Im Bereich des GWB ist z.B. an die Einführung von Vermutungstatbeständen im Rahmen einer Entflechtungsregelung zu denken, vgl. Möschel W., a.a.O. (Fn. 20) S. 100, 112, 158; ferner erscheint die Umkehr der Beweislast bei bestimmten Verhaltensweisen im Rahmen des Mißbrauchsnachweises möglich, vgl. z.B. Ulmer P., a.a.O. (Fn. 81), WuW 1980, S. 484; dens., Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten, Festgabe für Max Kummer, Bern 1980, S. 565 ff. (585); Baur J.F., Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972, S. 235, Fn. 45; im Bereich des BImSchG vgl. zur wirtschaftlichen Vertretbarkeit nach § 17 Abs. 2 BImSchG: Hoppe W., Wirtschaftliche Vertretbarkeit im Rahmen des Bundesimmissionsschutzgesetzes, Schriftenreihe des Bundesministers des Innern, Bd. 8, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977, S. 134 ff.; 144; dens., Die "wirtschaftliche Vertretbarkeit" im Bundesimmissionsschutzgesetz, NJW 1977, S. 1853 (1849) m.w.N.; ferner RegE zur Novellierung des BImSchG, BT-Drs. 8/2751, S. 6; Reimann G., Verfassungsrechtliche Untersuchung zur Novelle des Immissionsschutzrechts, RdE 1979, S. 166 ff. Zu weiteren Reformbestrebungen vgl. z.B. Lukes R., Die Reformdiskussion zur wettbewerbsrechtlichen Regelung der leistungsgebundenen Versorgungswirtschaft, insbesondere der Elektrizitätswirtschaft, in: Geschlossene Versorgungsgebiete, Versorgungssicherheit oder Wettbewerb, RTW-Bd. 18, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 65 ff.

denk-liche Gesetzestechnik als selbstverständlich hingenommen wird, ohne sich ihrer verfassungsrechtlichen Dimension bewußt zu sein oder gar die Grenzen des Gesetzgebers in diesem Bereich zu erkennen. Daher sind die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB ein besonderer Anlaß, sich mit dieser Problematik umfassend und grundsätzlich zu befassen. Daß die verfassungsrechtliche Relevanz von Beweislast- und Vermutungsregelungen weit über den Bereich des GWB hinausgeht und in den verschiedensten Rechtsgebieten Bedeutung erlangt, sollen einige weitere Beispiele verdeutlichen.

B. Die Frage nach der verfassungsmäßigen Entscheidung bei ungeweissem Sachverhalt in anderen Regelungsbereichen

Von den Vermutungen des GWB abgesehen wird die verfassungsrechtliche Problematik von Beweislastregelungen und widerleglichen Vermutungen gerade in neuerer Zeit verstärkt in unterschiedlichen Rechtsbereichen deutlich und kontrovers erörtert. Diese Diskussionen zeigen die praktische Bedeutung dieses Themas über die Regelung des § 22 Abs. 3 GWB hinaus und zeigen zugleich die Sinnhaftigkeit einer grundlegenden Untersuchung.

I. Zum Problem der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen

Die Frage, welche rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren zur Prüfung der Anerkennung eines Kriegsdienstverweigerers zu stellen sind und ob es angeht, daß der Kriegsdienstverweigerer die Beweislast für das Vorliegen von den von ihm geltend gemachten Gewissensgründen trägt, ist äußerst umstritten. Sie hat im Hinblick auf die Grundrechtsnormen der Art. 4 Abs. 3 GG und Art. 12 a Abs. 2 GG, Art. 3 Abs. 1 GG einen unmittelba-

ren verfassungsrechtlichen Bezug. Die Literatur hierzu ist kaum überschaubar[86]. Gerade wegen der Schwierigkeit der Feststellung der Gewissensgründe kommt der Beweislastentscheidung eine besondere Bedeutung zu. Eine Beweislastentscheidung zulasten des Antragstellers führt zu einer potentiellen Schädigung seines grundgesetzlich garantierten Rechts auf Kriegsdienstverweigerung nach Art. 4 Abs. 3 GG. Andererseits hat der Gesetzgeber die allgemeine Wehrpflicht eingeführt und in Art. 12 a GG verfassungsrechtlich verankert. Unberechtigte Befreiungen hiervon sind im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich und berühren zudem das Gemeinschaftsgut der Verteidigungsfähigkeit des Staates. Der Gesetzgeber nahm die umstrittene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[87], die dem Kriegsdienstverweigerer letztlich die Beweislast auferlegte

---

86) Vgl. nur die Literaturübersicht bei Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 3. Lfg., Loseblatt, Stand: September 1980, zu Art. 4 GG. Für die Beweislast des Kriegsdienstverweigerers z.B. De Clerck H., Zur Beweislast in Kriegsdienstverweigerungsfällen, JZ 1960, S. 13 ff.; Lüke G., Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JZ 1966, S. 587 (591 f.); aus neuerer Zeit z.B. Becker H.J., Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Recht der Kriegsdienstverweigerer, DVBl. 1981, S. 105 (108); dagegen z.B.: Arndt A., Beweislast für die Kriegsdienstverweigerer? Eine Erwiderung, JZ 1960, S. 273 ff.; Berg W., Die Gewissensfrage - Entwicklungen der Judikatur zu den Beweisschwierigkeiten in Anerkennungsverfahren nach Art. 4 Abs. 3 GG, §§ 25 f., WpflG, MDR 1974, S. 793 (796).

87) Einen Überblick hierüber gibt Bräutigam H., Aspekte der Grundrechtsverwirklichung im Wehrpflichtrecht, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 77 ff.

und die als unbefriedigend empfundene Praxis des Anerkennungsverfahrens zum Anlaß, das Wehrpflichtgesetz zu ändern und in § 25 a Abs. 1 WpflG n.F. eine Regelung zu treffen, wonach der Antragsteller allein aufgrund einer Erklärung als Kriegsdienstverweigerer aus Gewissensgründen gelten sollte[88]. Diese Regelung und damit die Wehrpflichtnovelle insgesamt wurde durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt[89]. Dabei hielt es zum einen die bisherige Praxis, nach der der Antragsteller die Beweislast zu tragen hat, mit dem Grundgesetz für vereinbar[90] und forderte aufgrund der Wehrgerechtigkeit von jeder gesetzlichen Regelung nach Art. 12 a Abs. 2 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GG, daß nur solche Wehrpflichtige als Kriegsdienstverweigerer anerkannt werden, bei denen mit hinreichender Sicherheit die Voraussetzungen einer Gewissensentscheidung angenommen werden kann[91]. Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat die Diskussion um die Beweislastverteilung im Anerkennungsverfahren eine neue Grundlage erhalten.

---

88) Gesetz zur Änderung des Wehrpflichtgesetzes und des Zivildienstgesetzes vom 13. Juli 1977 (BGBl. I S. 1229).

89) Beschl. v. 13.4.1978, BVerfGE 48, S. 127 ff. = NJW 1978, S. 1245 ff.

90) BVerfGE 48, S. 127 (166) = NJW 1978, S. 1245 (1247); vgl. bereits BVerfGE 28, S. 234 ff. = NJW 1970, S. 1729 ff.

91) BVerfGE 48, S. 127 (LS 7, S. 168 ff.) = NJW 1978, S. 1245 (1247 ff.); zur abweichenden Meinung des Richters Hirsch siehe BVerfGE 48, S. 185 ff. = NJW 1978, S. 1251 ff.; aus der neueren Rspr. vgl. Becker H.J., a.a.O. (Fn. 86), DVBl. 1981, S. 105 ff.; hierzu näher unten S. 161 ff. u. S. 174 ff.

II. Zur "Verfassungstreue" im Beamtenrecht

Ebenso umstritten wie die Frage der Beweislastverteilung im Verfahren um die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer ist die Behandlung der Beamtenanwärter, die Mitglied einer verfassungsfeindlichen Partei oder Organisation sind. Die unter dem Stichwort "Radikale im öffentlichen Dienst" geführte Diskussion spitzt sich darauf zu, ob bzw. wie sich diese Mitgliedschaft auf die von Art. 33 Abs. 4 und 5 GG geforderte und in den Beamtengesetzen konkretisierte Einstellungsvoraussetzung auswirkt, nach der der Bewerber die Gewähr dafür bieten muß, daß er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten hat. Es fragt sich insbesondere, ob die Mitgliedschaft allein schon zu "Zweifeln an dieser Gewähr" Anlaß geben kann und ob letztlich der Bewerber die Beweislast dafür trägt, diese Zweifel auszuräumen[92]. Dabei stellt sich zum einen die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem in Art. 21 Abs. 2 GG garantierten Parteienprivileg zur beamtenrechtlichen Treuepflicht nach Art. 33 Abs. 4 und 5 GG und zum anderen, ob die Mitgliedschaft ein geeignetes Kriterium ist, die "Vermutung der Verfassungstreue" zu widerlegen oder umgekehrt eine "Vermutung der Verfassungsuntreue" zu begründen. Wie dieses Spannungsverhältnis gelöst werden könnte, war insbesondere seit dem sogenannten "Radikalenbeschluß"[93], der gemeinsamen Erklärung der Minister-

92) So eindeutig BVerwG NJW 1975, S. 1135 (1139).

93) Min.Bl. NRW 1972, S. 342; vgl. auch Bulletin des Presse- und Informationsdienstes der Bundesregierung v. 3.2.1972, S. 142.

präsidenten der Länder, der die Frage der Aufnahme und Ablehnung von Bewerbern für den öffentlichen Dienst regeln sollte, äußerst umstritten[94]. In dieser Erklärung heißt es u.a. daß, wenn ein Bewerber einer Organisation angehöre, die verfassungsfeindliche Ziele verfolge, diese Mitgliedschaft Zweifel daran begründe, ob er jederzeit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung eintreten werde. Diese Zweifel rechtfertigen in der Regel eine Ablehnung des Einstellungsantrages[95]. Diese Erklärung sollte einen Hinweis auf die bestehende Rechtslage darstellen, eine übereinstimmende Einstellungspraxis sicherstellen und insbesondere die Frage der Beweislast klarstellen[96]. Das BVerwG[97] und-insoweit diese Praxis bestätigend - das BVerfG[98] sind zwar der Ansicht, daß die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen politischen Partei bei einer gebotenene Berücksichtigung der Einzelumstände geeignet sei, Zweifel an der Verfassungstreue des Bewerbers auszulösen und Art. 21 Abs. 2 GG dem nicht entgegenstehe. Das BVerfG hebt aber hervor, daß es wegen der anzustellenden Einzelfallbeurteilung allerdings

---

94) Vorige Fn. unter 2.1.2. der Erklärung. Dieser Beschluß wurde allerdings in der Praxis unterschiedlich angewendet und wird seit einiger Zeit offen in Frage gestellt. Zur neueren Entwicklung vgl. Claußen J., Zur politischen Treuepflicht der Beamten, ZBR 1980, S. 8 ff. m.w.N.; ferner z.B. Kriele M., Der rechtliche Spielraum einer Liberalisierung der Einstellungspraxis im öffentlichen Dienst, NJW 1979, S. 1 ff.

95) Gegen eine Berücksichtigung einer solchen Mitgliedschaft z.B. Maurer H., Die Mitgliedschaft vom Beamten in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen, NJW 1972, S. 601 (603 ff.); Battis U., Zum Ausschluß "verfassungsfeindlicher" Bewerber vom öffentlichen Dienst, JZ 1972, S. 384 (388); dafür Plümer E., Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungsfeindlichen Parteien, NJW 1973, S. 4 (6 f.); Dicke D.-Chr., Radikale im öffentlichen Dienst, ZBR 1973, S. 1 ff.

verfassungsrechtlich bedenklich sei, wenn ein Gesetz allgemein zwingend vorschreibe, daß einzelne Verhaltenweisen - wie z.B. die hier einschlägige Mitgliedschaft[99] - die Gewähr des Bewerbers, er werde jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung eintreten, ausschlössen[100]. Eine abstrakte "Vermutungsregel" oder eine entsprechende Beweislastnorm scheint insofern als verfassungswidrig angesehen zu werden. Andererseits solle das Erfordernis der Verfassungstreue ernst genommen und darauf geachtet werden, daß niemand Beamter wird, der diese Voraussetzung nicht erfülle[101], was eher darauf hindeutet, daß der Bewerber "im Zweifelsfall" nicht eingestellt werden darf und letztlich das Beweislastrisiko tragen muß. Auch in diesem Bereich ist die Diskussion noch nicht abgeschlossen.

III. Zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Recht und Technik

Die Problematik der Rechtsetzung und Rechtsanwendung tritt im technischen Sicherheitsrecht be-

---

96) Vgl. die Nachweise bei Battis U., vorige Fn., JZ 1972, S. 384 (Fn. 1 a u. 2).

97) Z.B. BVerwG, NJW 1975, S. 1135 (1139).

98) Beschl. v. 22.5.1975, BVerfGE 39, S. 334 (LS 8, S. 359).

99) Anmerkung des Verfassers.

100) BVerfGE 39, S. 334 (354 f.).

101) BVerfGE 39, S. 334 (352); zur Rechtsprechung seit diesem Beschl. vgl. die Übersicht von Battis U., Rechtsprechung zur Radikalen-Frage, JA 1979, S. 73 ff; zum Umfang der Überprüfung neuerdings BVerwG, DVBl. 1981, S. 455 u. 460. Siehe hierzu auch unten S. 163 u. 176.

sonders deutlich zutage[102]. Bei der Rechtspflicht des Staates, auch in diesem Bereich seine Regelungsaufgabe zu erfüllen, bietet es sich für den Gesetzgeber an, zur erforderlichen Konkretisierung der in zahlreichen Gesetzen und Verordnungen allgemein umschriebenen Beschaffenheitsanforderungen für technische Anlagen und Geräte[103] technische Normen privater Normungsorganisationen heranzuziehen, um sich deren Sachkunde zu bedienen und sich von umfangreichen eigenen, kaum zu bewältigenden Detailregelungen zu entlasten[104]. Unter den rechtstechnischen Möglichkeiten, eine Verknüpfung zwischen Recht und Technik herzustellen, werden u.a. auch Vermutungsregelungen diskutiert, mit Hilfe derer technische Normen in die Rechtsordnung einbezogen werden sollen, gleichzeitig aber auch eine hinreichende Offenheit gegenüber der sich jeweils verändernden technischen Entwicklung gewährleistet werden soll[105].

---

102) Insbes. Lukes R., Das Atomrecht im Spannungsfeld zwischen Technik und Recht, NJW 1978, S. 241 ff.; ders., Die Regelung technischer Sachverhalte in der Rechtsordnung, in: Rechtliche Ordnung der Technik als Aufgabe der Industriegesellschaft, RTW-Schriftenreihe, Bd. 22, S. 81 ff.; Ossenbühl F., Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken, VEnergR Bd. 41/42, Düsseldorf 1978, S. 39 ff.; Breuer R., Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR 101 (1976), S. 46 ff.

103) Vgl. nur die Zusammenstellung bei Breuer R., vorige Fn., AöR 101, S. 51, Fn. 29 ff.; Marburger P., Die Regeln der Technik, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 54 ff., Fn. 30 ff.

104) Vgl. nur Backherms J., Zur Einführung: Recht und Technik, JuS 1980, S. 9 (10 ff.).

105) Hierzu und zu weiteren Regelungsmöglichkeiten vgl. Lukes R., Die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden, atw 1980, S. 74 (77 f.); dens., Die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden - Die Problematik des unbestimmten Rechtsbegriffs und seine Konkretisierung, Sechstes Deutsches Atomrechts-Symposium, RTW-Schriftenreihe Bd. 20, Köln/Berlin/Bonn/München 1980, S. 49 ff. (64 ff.).

Die hiermit zusammenhängende verfassungsrechtliche Problematik, insbesondere das Problem der Verweisung auf "Normen" außerstaatlicher Stellen ist in den letzten Jahren zunehmend erkannt, aber noch nicht hinreichend geklärt worden[106]. Sie ist für den gesamten Bereich des technischen Sicherheitsrechts von aktueller Bedeutung[107].

IV. Zum zivilen Haftungsrecht

Nicht nur in den zuvor dargestellten öffentlich-rechtlichen Rechtsgebieten, in denen wegen der Konfrontation zwischen Staat und Bürger in erster Linie verfassungsrechtliche Ansatzpunkte auch hinsichtlich der Regelung der Beweislast und der Einführung von gesetzlichen widerleglichen Vermutungen sichtbar werden, wenn dies zu Lasten des Bürgers geschieht, sondern auch im Bereich des Zivilrechts hat die Beweislastverteilung verfassungsrechtliche Relevanz. Dies ist insbesondere im Bereich des Schadensrechts im Rahmen der Produkthaftung und Arzthaftung erkannt worden.

In beiden Rechtsbereichen geht es letztlich darum, den Risikobereich zwischen dem Geschädigten und dem potentiellen Verletzer sachgerecht abzugrenzen. Einerseits sollen berechtigte Ansprüche des Geschädigten nicht an zu hohen Beweisanforderungen scheitern, andererseits soll die Haftung des potentiellen Schädigers nicht unberechtigterweise - ebenfalls zu unrecht - ausgedehnt werden. Die in diesem Bereich typischer-

---

106) Vgl. Lukes R., vorige Fn., atw 1980, S. 74 (77 f.); RTW-Bd. 20, S. 64 ff.; dens., a.a.O. (Fn. 102), RTW-Bd. 22, S. 91; dens. a.a.O. (Fn. 11), S. 30.

107) Vgl. u.a. das Problem der "Verrechtlichung" der TA-Luft, Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft v. 28.8.1974 (GMBl. 1974, S. 426 ff.) in Form einer Vermutungsregelung, s.o.S. 32, Fn. 85. Siehe hierzu ausführlich unten S. 280 ff.

weise gegebenen Schwierigkeiten der Feststellung der haftungsbegründenden Voraussetzungen wirken sich auf der Grundlage der hergebrachten Grundsätze der Beweislastverteilung regelmäßig zu Lasten des Geschädigten und zugunsten des potentiellen Schädigers aus, da der Geschädigte als Anspruchsteller für die tatsächlichen Voraussetzungen aller anspruchsbegründender Tatbestandsmerkmale, insbesondere also auch hinsichtlich der Kausalität und des Verschuldens im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB, die Beweislast trägt[108]. Literatur und Rechtsprechung haben schon früh die Unzulänglichkeiten dieser Beweislastregelung in diesen Bereichen erkannt und diese durch eine modifizierende Handhabung des Beweisrechts von der Gewährung von Beweiserleichterungen über die Anwendung der Regeln des "prima-facie-Beweises" bis hin zur Beweislastumkehr zu korrigieren versucht[109].

Der verfassungsrechtliche Aspekt wird insbesondere bei der Arzthaftung darin gesehen, daß die Abkehr von der hergebrachten Beweislastverteilung im Hinblick auf eine rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung gem. Art. 20 Abs. 2 u.3 GG und Art. 19 Abs. 4 GG, der gerechten Interessenabwägung und der Waffengleichheit der Parteien sowie des effektiven Rechtsgüterschutzes geboten erscheint.

Dies kommt besonders deutlich in dem Beschluß des BVerfG vom 25.7.1979[110] zum Ausdruck, der sich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Handhabung des Beweisrechts und der Beweislastverteilung

---

108) Zu den Grundsätzen der Beweislast im Einzelnen s.u.S. 68 ff.

109) Zur Entwicklung der Produkthaftung ausführlich Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 21 ff.,zu Beweisfragen S. 48 ff. m.w.N.; Feldmann F.-J., a.a.O. (Fn. 10), S. 5 ff, zu Beweisfragen S. 26 ff. Zur Entwicklung der Arzthaftung vgl. Laufs A., a.a.O. (Fn. 9), NJW 1980, S. 1315 ff. sowie NJW 1984, S. 1383 ff. jew. m.w.N.

110) BVerfGE 52, S. 131 ff. = NJW 1979, S. 1925 ff. Hierzu näher unten S. 165 f.

im Arzthaftungsprozeß befaßt. Der Senat hält die die Beweislast modifizierende Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Arzthaftung grundsätzlich für verfassungsmäßig, aber auch für geboten, stimmte aber in den entscheidenden Punkten des konkret zu überprüfenden Urteils unterschiedlich ab[111].

Bei der Produkthaftung wurde u.a. die Beweislastumkehr für das Verschulden des Herstellers damit begründet, daß es ansonsten dem Geschädigten unmöglich sei, dies zu ermitteln und zu beweisen. Mit dem Argument, daß die ungleichen Aufklärungsmöglichkeiten der Parteien behoben werden müßten, wenn der deliktische Schutz nicht verkürzt werden solle, ist der verfassungsrechtliche Bezug zum Rechtsverwirklichungsgebot und der Herstellung der materiellen Gerechtigkeit gegeben. Zur Zeit werden Reformvorschläge erörtert, die in wichtigen Punkten die haftungsrechtliche Stellung des von einem Produkt Geschädigten weiter verstärken und erheblich über die durch die Rechtsprechung erfolgte konkrete Ausgestaltung der Produkthaftung hinausgehen. Ohne auf die Einzelheiten näher einzugehen[112] werden für den hier interessierenden Teil besondere Beweislastregelungen und Vermutungen diskutiert, nach denen der Hersteller eines

---

111) Vgl. dazu auch Stürner R., Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, NJW 1979, S. 2337 ff.

112) Vgl. hierzu vor allem Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 87 ff. zum Richtlinienvorschlag der Kommission der EG über die Produkthaftung v. 23. Juli 1976 (KOM 76)372 endg. sowie den Vorentwürfen und S. 94 ff. zum Konventionsentwurf des Europarates vom 20. März 1975 - Europarat DJR/JUR (75) 1, jeweils m.w.N., vgl. ferner den Entwurf v. 14.10.1976 (ABl. EG Nr. C 241 v. 14.10.1976, S. 9) in der geänderten Fassung, BT-Drs. 8/3358, sowie den weiteren Richtlinienvorschlag EG-Dokument (KOM 79) 415 endg. = BT-Drs. 8/3358 = BR-Drs. 520/79.

Produkts noch Jahre nach dessen Inverkehrbringen die Fehlerlosigkeit des Produkts im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nachweisen muß. Die verfassungsrechtliche Problematik ist dabei insbesondere dadurch gekennzeichnet, daß diese Beweislast- und Vermutungsregelung über die bisherigen systemimmanenten Korrekturen durch die Rechtsprechung hinaus zu einer nicht sachgerechten und mit dem geltenden Haftungssystem kaum zu vereinbarenden Gefährdungshaftung führen könnte und somit vor allem in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich erscheinen[113].

Durch die Diskussion bei der Arzthaftung und Produkthaftung wird ersichtlich, daß auch im Bereich des Zivilrechts die Beweislastverteilung verfassungsrechtliche Probleme aufwirft, die bei der Rechtsanwendung wie bei der Rechtsetzung beachtet werden müssen.

C. Die Regelung der Beweislast im Spannungsfeld zwischen materiellem Recht, Verfahrensrecht und Verfassungsrecht

Die zuvor dargestellten Beispiele lassen erkennen, daß das Problem einer verfassungsmäßigen Handhabung der Beweislastverteilung und der Beweislastregelung und damit der Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung dieser Materie von aktueller Bedeutung ist und zuneh-

---

113) Vgl. insoweit die eingehende Kritik von Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 169 ff. und dessen Vorschläge für eine rechtsstaatliche Produkthaftung S. 237 ff. und zur Beweislast S. 266 ff.; vgl. auch Feldmann F.-J., a.a.O. (Fn. 10), S. 73 ff. u. 107 ff. hinsichtlich der Spezialproblematik der Verteilung des Haftpflichtschadens.

mend an Wichtigkeit gewinnt. Dies läßt die praktische Relevanz der gestellten Frage und darüber hinaus erkennen, daß die angesprochene Problematik ein allgemeines Rechtsproblem darstellt, das über einzelne konkrete Beweislastregelungen hinausgeht und dessen sich der Rechtsanwender wie der Gesetzgeber jederzeit bewußt sein sollte. Der Grund hierfür liegt in dem "Phänomen" der Beweislast, die im Spannungsfeld zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht steht und schon von da her zweifelsohne verfassungsrechtliche Bezüge aufweist.

I. Das gesetzgeberische Problem

Die rechtspolitische Aufgabe des Gesetzgebers zur Regelung der Beweislast ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen materiellem Recht und Verfahrens-/Prozeßrecht. Das materielle Recht regelt abstrakte Sachverhalte und läßt Rechtsverhältnisse, Rechte und Pflichten entstehen, tut aber in der Regel nichts für deren Durchsetzung, Feststellung und Verwirklichung in einem Streitfall. Dies ist Sache des Prozeßrechts, das wiederum seinen Bezug zum materiellen Recht durch Art. 20 Abs. 3 GG, 97 Abs. 1 GG und § 1 GVG erhält, die den Richter an Gesetz und Recht binden, ihn also verpflichten, das objektive Recht anzuwenden. Auf diese Weise wird das materielle Recht zur urteilsbestimmenden Entscheidungsnorm. Das Prozeßrecht hat gegenüber dem materiellen Recht eine dienende Funktion, da es darauf ausgerichtet sein muß, dem materiellen Recht zur Durchsetzung zu verhelfen [114].

114) Vgl. nur Grunsky W., Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974, S. 7 ff.; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 7; besonders deutlich BVerfGE 37, S. 132 (146) und E 49, S. 244 (247) zum Mieterhöhungsverfahren; vgl. auch BVerfGE 53, S. 30 (64 ff.) = NJW 1980, S. 759 ff. zum atomrechtlichen Verfahrensrecht.

Im Prozeß hat der Richter Rechtssätze auf Lebenssachverhalte anzuwenden. Es stellt sich aber die Frage, wie am Ende eines Prozesses zu entscheiden ist, wenn ungeklärt bleibt, ob ein Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm in der Realität erfüllt ist. Diese Frage hat umso mehr Bedeutung für Regelungsmaterien, bei denen die Sachverhaltsfeststellung von vornherein mit Schwierigkeiten verbunden ist, eine für die Anforderung an die Höhe der richterlichen Überzeugung erforderliche "sichere Erkenntnis" kaum möglich erscheint und eine "non-liquet" - Situation oft unausweichlich bleibt. An dieser Stelle soll nur an die schon erwähnten Bereiche der Feststellung des Gewissensentscheidung eines Kriegsdienstverweigerers, der Verfassungstreue eines Beamtenbewerbers, der Sicherheit eines Produktes, einer technischen Anlage oder gar einer Industrieanlage bis hin zu einem Kraftwerk sowie eines "ärztlichen Kunstfehlers" und dessen Ursächlichkeit oder der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens erinnert werden. Die Gründe für häufige Feststellungs- und Nachweisschwierigkeiten sind sicherlich mannigfaltig und komplex. Ohne dies abschließend klären zu wollen, werden sie zum Teil in dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitraum liegen, sei es, daß es sich um länger zurückliegende Sachverhalte handelt[115], sei es, daß noch künftige Entwicklungen ein-

---

115) Z.B. die Bereiche des Ausgleichs- und Entschädigungsrechts; vgl. BVerfGE 13, S. 39 (42 ff.); E 41, S.126 (151,177); BVerwG NJW 1979, S. 1516; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 20 m.w.N.; vgl. auch Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 108 ff., 213 ff., hinsichtlich der Auswirkung einer dem Produzenten auferlegten zehnjährigen Beweislastgrenze. Hierin haben auch die materiell-rechtlichen Verjährungs- und Ausschlußfristen sowie die prozessualen Klagefristen ihren Grund, die ein Beweislastproblem erst gar nicht aufkommen lassen und der Rechtssicherheit dienen.

bezogen und Prognosen aufgestellt werden müssen[116]. Zum anderen müssen z.B. im Bereich des technischen Sicherheitsrechts und der Genehmigung von Großanlagen, wo es wegen des Umfangs und der Kompliziertheit vieler Sachverhalte sowie der oft fehlenden hinreichenden rechtlichen Konkretisierung der zu erfüllenden Anforderungen, die unterschiedlichsten Belange in eine Entscheidung einfließen und die zu ermittelnden und zu entscheidenden Fakten von einer Vielzahl verschiedener Behörden und Gutachtern[117] über Jahre beurteilt

---

116) Z.B. Prognose eines verfassungstreuen Verhaltens im Beamtenrecht, BVerfGE 39, S. 334 (351 ff.); BVerwGE 47, S. 330 (336 f.) m.w.N. in Fn. 92 ff.; Prognose der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 24 Abs. 1 GWB, BGH, WuW/E BGH 1501 ("Kfz-Kupplungen"); Prognose der Wirtschaftlichkeit im Immissionsschutzrecht, BVerwG NJW 1979, S. 1516 ff.; Hoppe W., a.a.O. (Fn. 85); Prognose der nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlichen Vorsorge im Atomrecht, Lukes R., a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 74 ff.; zur Nutzbarmachung von probabilistischen Methoden vgl. Lukes R., Die Verwendung von Risikoanalysen in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Kernenergierechts, BB 1978, S. 317 ff.

117) Zum Problem des Sachverständigenwesen z.B Lukes R., Grundlagen und Praxis der Sachverständigentätigkeit im Rahmen atomrechtlicher Genehmigungs- und Aufsichtsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, in: Lukes/Bischof/Pelzer, Sachverständigentätigkeit im atomrechtlichen Genehmigungs- und Aufsichtsverfahren, RTW-Schriftenreihe, Bd. 6, Heidelberg 1980, S. 13 ff.; ders., Die Mehrfachtätigkeit von Sachverständigen unter besonderer Berücksichtigung der Gutachtertätigkeit im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, Schriften zum Wirtschafts-, Handels- und Industrierecht, Bd. 1, Köln/Berlin/Bonn/München 1971. Zum Problem des Genehmigungsverfahrens allgemein z.B. Lukes/Vollmar/Mühlmann, Grundprobleme zum atomrechtlichen Verwaltungsverfahren, Schriftenreihe Recht und Technik, Bd. 3, Heidelberg 1974.

werden[118]. Ferner liegt die Schwierigkeit der Sachverhaltsfeststellung oft darin begründet, daß es sich um Tatsachen aus der Sphäre einer Partei handelt, zu der die andere Partei oder der Rechtsanwender kaum Zugang hat[119] oder die den subjektiven Bereich einer Person betreffen[120].

Eine Rechtsordnung, die die Sachentscheidung auch in den Fällen, in denen eine Sachaufklärung versagt oder unvollkommen bleibt, anordnet[121] - falls sie nicht andere Rechtstechniken zum Abfangen der Ungewißheitsproblematik zur Verfügung stellt[122] - muß

---

118) Zum technischen Sicherheitsrecht allgemein vgl. ausser Lukes R., a.a.O. (Fn. 102) z.B. Plischka H.P., Technisches Sicherheitsrechts, Berlin 1969, S. 120; Breuer R., a.a.O. (Fn. 102), AöR 101 (1976), S. 81 f.; Bender B., Der Verwaltungsrichter im Spannungsfeld zwischen Rechtsschutzauftrag und technischem Fortschritt, NJW 1978, S. 1945 ff.; zum Atomrecht vgl. z.B. zum Problem eines Berstschutzes, Albers H., Atomgesetz und Berstsicherung für Druckwasserreaktoren, DVBl. 1978, S. 22; zum Problem der Standortvorsorgeplanung Blümel W., Die Standortvorsorgeplanung für Kernkraftwerke und andere umweltrelevante Großvorhaben in der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1977, S. 301 ff., zum Problem der Entsorgung Lukes/Dank, Die Auswirkungen der Entsorgungsregelung des § 9_a AtG auf den Anlagengenehmigungstatbestand des § 7 Abs. 2 AtG, ET 1979, S. 667; Dauk W., Entsorgung und Genehmigung. Bemerkungen zum Brokdorf-Urteil des VG Schleswig, ET 1980, S. 404 ff.

119) Dies war ausschlaggebend für die Beweislastverteilung im Bereich der Produkthaftung, s.o.S. 42 f.

120) Z.B. die Gewissensentscheidung eines Kriegsdienstverweigerers oder die Verfassungstreue eines Beamtenanwärters. Hierzu zählen auch die Tatbestände, die an die Eignung, das Verschulden oder eine bestimmte Willensrichtung einer Person anknüpfen. Hieran entzündete sich im Kartellrecht z.B. die Frage nach den Anforderungen an den Nachweis eines Kartellvertrages nach § 1 GWB oder eines aufeinander abgestimmten Verhaltens nach § 25 GWB; vgl. hierzu nur Emmerich V., a.a.O. (Fn. 35), S. 49 ff.; speziell zum Kartellvertrag vgl. Lukes R., Der Kartellvertrag, München/Berlin 1959.

für diesen Fall auch Bestimmungen darüber enthalten, wie in diesem Fall zu entscheiden ist; d.h. ob das entsprechende gesetzliche Tatbestandsmerkmal als erfüllt oder nicht erfüllt der richterlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden soll. Dies erfolgt durch die Beweislastnormen, die für eine bestimmte Entscheidungslage eine Rechtsfolge anordnen. Voraussetzung ist das "non-liquet", und die Rechtsfolge besteht in der Anweisung an den Richter in diesem Fall so zu entscheiden, als ob das entsprechende Tatbestandsmerkmal erfüllt ist oder nicht. Der Gesetzgeber kann sich hierzu verschiedener Regelungstechniken bedienen. Er kann die Beweislast ausdrücklich regeln, indem er bestimmt, welche Partei für welches Tatbestandsmerkmal einer Norm die Beweislast zu tragen hat, oder durch gesetzliche widerlegliche Vermutungen. In den meisten Fällen fehlt es allerdings an ausdrücklichen Regelungen, sei es, daß der Gesetzgeber an die Regelung der Beweislast nicht gedacht, sei es - und dies wird überwiegend anzunehmen sein - daß er dies mittelbar durch die jeweilige materielle Regelung zum Ausdruck gebracht hat, so daß sich die Beweislastverteilung aus der Auslegung des materiellen Rechts ergibt[123]. Mit der Regelung der Beweislast

---

121) Zur Entscheidungspflicht vgl. näher unter S. 55 m.w.N. in Fn. 131.

122) Z.B. die Normierung von nachprüfbaren Grenzwerten, Pauschalierungen, Form- und Fristenvorschriften, abstrakte Gefährdungstatbestände, Beurteilungsspielräume, Herabsetzung der Beweisanforderungen u.a.; hierzu näher Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 140 ff., 281 ff.

123) Zum Ganzen vgl. ausführlich unten S. 66 ff.

hat der Gesetzgeber somit eine besonders rechtspolitische Aufgabe zu erfüllen. Wie an den bereits dargestellten Beispielen - und insbesondere im Bereich des Wettbewerbsrechts - gezeigt wurde, wird sich der Gesetzgeber auch zunehmend der Möglichkeiten bewußt, durch ausdrückliche, von den hergebrachten Grundsätzen der Beweislastverteilung abweichende Beweislastnormen and gesetzliche widerlegliche Vermutungen das Risiko der Sachverhaltsfeststellung zu verschieben und dadurch mittelbar auf die der materiellen Regelung zugrundeliegenden Rechtspositionen einzuwirken und deren Durchsetzbarkeit zu hemmen oder zu verstärken.

II. Die verfassungsrechtliche Dimension der Regelungsaufgabe

Liegt die Regelung des "non-liquet" also in erster Linie in der Hand des Gesetzgebers, so stellt sich damit zugleich die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen, die diesem auch dann gezogen sind, wenn er "nur" die Beweislast regelt. Diese an sich schon im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG selbstverständliche Frage, wurde allerdings bislang - von den schon erwähnten Ausnahmen in bestimmten Rechtsbereichen abgesehen - kaum näher erörtert. Dies muß wegen der erkennbar großen theoretischen und vor allem auch praktischen Bedeutung dieses Themas auf den ersten Blick verwundern, ist aber verständlich, wenn man bedenkt, daß erst allmählich die verfassungsrechtlichen Bezüge des Verfahrens- und Prozeßrechts näher untersucht und gewürdigt wurden[124].

---

124) S.o.S. 1 ff. m.w.N.

Erst die Diskussion in den bereits dargestellten Rechtsbereichen des Wettbewerbsrechts, des technischen Sicherheitsrechts, des Arzthaftungs- und Produktionshaftungsrechts, des Wehrpflicht- und Beamtenrechts haben in neuerer Zeit zunehmend die Aufmerksamkeit auch auf die verfassungsrechtlichen Aspekte von Beweislast- und Vermutungsregelungen gelenkt. Deren verfassungsrechtliche Relevanz ergibt sich aus der Besonderheit des Regelungsbereichs der Beweislastnormen im Schnittpunkt zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht. Verfahrensrechtlich ist dabei von Bedeutung, inwieweit sich Beweislastregelungen auf die verfassungsrechtlich garantierten Verfahrens- und Prozeßgrundsätze auswirken können und welche Grenzen dem Gesetzgeber insofern gezogen sind. Darüber hinaus wirken sich Beweislastnormen auf die jeweiligen Rechtspositionen aus, die durch die materielle Norm, auf die sich die Beweislastnorm bezieht, betroffen sind. Hierbei stellt sich die Frage, inwieweit hinter materiellen Normen stehende Grundrechtspositionen einer Beweislastregelung Grenzen setzen. Letzteres wird besonders für öffentlich-rechtliche Rechtsbereiche zu gelten haben, bei denen sich Staat und Bürger gegenüberstehen, deren Verhältnis von vornherein von den Grundrechten geprägt ist. Beweislastentscheidungen betreffen hier subjektiv-rechtliche Grundrechtspositionen. Ferner stellen sich insbesondere bei den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen spezielle Aspekte verfassungsrechtlicher Fragen, die auch bei sonstigen Regelungen auftreten, wie die des vom Gesetzgebers einzuhaltenden Prognosespielraums oder die Voraussetzungen einer gesetzlichen Regelung in Zusammenhang mit Verweisungen auf "Normen" von außerhalb des Gesetzgebers stehenden Regelaufstellern. Dies zeigt, daß es eine breite Palette verfassungsrechtlicher Aspekte

gibt, die bislang nur unzureichend untersucht oder nur bei einzelnen Spezialbereichen angeschnitten worden sind. Es besteht insofern ein verfassungsrechtlicher Nachholbedarf, der um so deutlicher wird, je mehr der Gesetzgeber sich des Mittels der Beweislastnorm bewußt wird, um materielle Rechtspositionen zu modifizieren. Erst wenn damit zusammenhängende Fragen verfassungsrechtlich gewürdigt worden sind, lassen sich hinreichend sichere und begründete Schlüsse auf einzelne Beweislastnormen ziehen. Ansonsten besteht die Gefahr - wie insbesondere bei der Diskussion um die Vermutungen in § 22 Abs. 3 GWB geschehen -, daß sich die verfassungsrechtliche Erörterung zu oberflächlich gestaltet und dadurch an Überzeugungskraft verliert. Dies gilt sowohl für die rechtliche Einordnung der Beweislastnorm und der gesetzlichen widerleglichen Vermutung selbst als auch für die verfassungsrechtlichen Ansätze.

Da die Regelung der Beweislast allgemein verfassungsrechtliche Probleme aufwirft, soll der Versuch unternommen werden, die sich aus dem Grundgesetz ergebenden verfassungsrechtlichen Grenzen aufzuzeigen. Die dabei gefundenen Aussagen können dann dazu beitragen, Grundlage für die Untersuchung spezieller Beweislast-oder Vermutungsregelungen zu sein, sei es von bestehenden, sei es von noch zu normierenden. Daher soll auch nicht lediglich eine konkrete Beweislastnorm oder Vermutungsregelung auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Die Frage nach der verfassungswidrigen Beweislastnorm soll umfassender untersucht werden, auch wenn § 22 Abs. 3 GWB Anlaß und Ausgangspunkt der Erörterung dieser allgemeinen verfassungsrechtlichen Problematik ist und auf die damit zusammenhängenden Fragen näher eingegangen wird. Daraus ergibt sich auch der weitere Gang der Untersuchung. Nach einer erforderlichen Darstellung des Untersuchungs-

objekts, der Beweislastnormen einschließlich der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen, ihrer rechtlichen Einordnung und Auswirkungen (2. Teil), sollen die verfassungsrechtlichen Bezüge und Grenzen dieser Regelungsmaterie als Kernstücke der vorliegenden Untersuchung aufgezeigt werden, wobei abschließend auch zu den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB Stellung genommen wird (3. Teil).

2. Teil: Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen in der Rechtsordnung

Bevor der Versuch unternommen werden soll, die verfassungsrechtlichen Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung der Beweislast zu bestimmen, ist es erforderlich auf das Prüfungsogjekt selbst näher einzugehen. Die Notwendigkeit einer solchen Untersuchung ergibt sich bereits daraus, daß bei der Behandlung von Problemen im Rahmen der "Beweislast" ein äußerst komplexer Begriff verwendet wird. So hat der Begriff der "Beweislast" einen jeweils anderen Begriffsinhalt, je nachdem ob man damit das Phänomen der Beweislast im allgemeinen, die Beweislastnormen als Rechtsnormen, die objektive oder die subjektive Beweislast bezeichnet wissen will. Entsprechendes gilt, wenn man ihn mit dem Straf-, Zivil- oder Verwaltungsprozeß, mit dem Verwaltungsverfahren oder auch dem verfassungsgerichtlichen Verfahren in Verbindung bringt. Hinzu kommt, daß hinsichtlich der einzelnen in diesem Zusammenhang genannten Begriffe wiederum unterschiedliche Meinungen über deren Inhalt und Wirkweise bestehen. Daraus erklärt es sich auch, daß bei der Behandlung von "Beweislastproblemen" in Literatur und Rechtsprechung häufig der Begriff "Beweislast" verwendet wird, ohne daß - jedenfalls zunächst -

erkennbar wird, was hierunter zu verstehen ist. Die Zusammenfassung verschiedener Erscheinungsformen der "Beweislast" unter einen einheitlichen Begriff ist zwar nicht zu beanstanden, wenn man damit den Gesamtkomplex bezeichnen und die hierbei auftretenden Fragen behandeln will und eine Präzisierung später erfolgt oder aus dem Zusammenhang erkenntlich wird. Die Verwendung eines komplexen Beweislastbegriffs ist aber problematisch und hat wesentlich zu Verständigungsschwierigkeiten in der Diskussion geführt, wenn er unreflektiert benutzt oder übernommen wird. Dies ist auch der Grund dafür, daß es oft zu Mißverständnissen und Irrtümern bei der Behandlung von Beweislastproblemen kommt[125]. Die Argumente gehen aneinander vorbei, wenn unter demselben Begriff "Beweislast" der eine die Beweisführungslast, auch subjektive oder formelle Beweislast genannt, der andere die Feststellungslast, auch objektive oder materielle Beweislast genannt, meint. Dies hat sich auch besonders deutlich im Rahmen der Diskussion um die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB gezeigt[126]. Insbesondere im Bereich des Verwaltungsprozeßrechts gab und gibt es zahlreiche Unklarheiten und Mißverständnisse. Es sei an dieser Stelle nur angemerkt, daß in der älteren Literatur und Rechtsprechung, aber auch noch heute zum Teil vertreten wurde, daß es im Verwaltungsprozeß keinerlei Beweislast

---

125) Dies beklagt im Zivilrecht vor allem Musielak H.-J a.a.O. (Fn. 1), S. 36; für den Verwaltungsprozeß vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 164.

126) S.o.S. 12 ff.

gebe oder dieser Begriff im Verwaltungsrecht fehl am Platze sei[127]. Es besteht also oft keine terminologische und begriffliche Einheitlichkeit. Dies betrifft nicht zuletzt den Begriff der "Vermutung", der für höchst unterschiedliche Sachverhalte verwendet wird. Trotz aller scheinbaren Übereinstimmung bestehen auch heute noch im einzelnen nicht unerhebliche Begriffsverwirrungen, Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten über Inhalt und Wirkweise der gesetzlichen widerleglichen Vermutung[128] und ihr Verhältnis zur Sachverhaltsaufklärung und Beweiswürdigung. Dafür sind die Unsicherheiten des Gesetzgebers und des Schrifttums bei der rechtlichen Einordnung der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB ein gutes Beispiel. Die Probleme werden zusätzlich dadurch kompliziert, daß Beweislastnormen und gesetzlich widerlegliche Vermutungen in Zusammenhang mit Begriffen wie "Vermutung", "tatsächliche Vermutung", "Anscheinsbeweis", "typischer Lebenssachverhalt" oder "Umkehr der Beweislast" gebraucht worden[129].

Schon aus diesem Grund ist es geboten, die bei der Behandlung von Beweislastfragen verwendeten Begriffe eindeutig zu bestimmen und deren Rechtswirkungen darzustellen. Dies gilt im besonderen Maße für die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen, deren rechtliche Einordnung der Literatur und Rechtsprechung und nicht zuletzt auch dem Gesetzgeber offensichtlich auch heute noch erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Dies erfordert eine gesonderte Darstellung

---

127) Vgl. hierzu die bereits in Fn. 5 u. 6 gegebenen Nachweise.

128) Musielak, a.a.O. (Fn. 1), S. 60; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 76; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 79 ff.; Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 199; Lukes R., a.a.O. (Fn. 7), ZZP 77 (1964), S. 78 f.

129) Zu diesen Begriffen und Abgrenzungsfragen siehe insbes. unten S. 123 ff.

dieser Grundlagen.

Darüber hinaus kann eine verfassungsrechtliche Untersuchung der Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung der Beweislast sinnvollerweise nur erfolgen, wenn zuvor Inhalt und Wirkweise dieser besonderen gesetzlichen Normen dargestellt worden sind. Erst auf dieser Grundlegung aufbauend kann versucht werden, die Frage nach der verfassungswidrigen Beweislastnorm zu beurteilen. Im folgenden sollen zunächst die Beweislastnormen im allgemeinen und daran anschließend die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen behandelt werden.

A. Die Beweislastnormen

I. Zur Erforderlichkeit von Beweislastnormen

Wegen der Unzulänglichkeit der Erkenntnismittel und des menschlichen Erkenntnisvermögens auf der einen und der Kompliziertheit der Sachverhalte auf der anderen Seite kann in jedem Prozeß die Situation eintreten, daß eine entscheidungserhebliche Tatsachenfrage nicht zur richterlichen Gewißheit gelangt. Dabei ist die Häufigkeit solcher Situationen von der Eigenart der jeweiligen Regelungsmaterie und deren rechtlicher Ausgestaltung im Einzelfall abhängig[130]. Nichtsdestoweniger darf der Richter in dieser Situation des "non-liquet" die Entscheidung nicht verweigern[131].

---

130) Hierzu bereits oben S. 45 ff.

131) Zur Entscheidungspflicht vgl. nur Rosenberg L., a. a.O. (Fn. 3), S. 14; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 681; Grundsky W., a.a.O. (Fn. 114), S. 422. Der Justizanspruch oder Justizgewährleistungsanspruch als subjektives öffentliches Recht auf eine richterliche Entscheidung ist - trotz unterschiedlicher Herleitung - unbestritten; hierzu besonders Stürner R., Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976, S. 31 ff. m.w.N. in Fn. 6. Auf das Rechtsverweigerungsverbot aus Art. 6 Abs. 1 Europäische Menschenrechtskonvention v. 4.11.1950, ratifiziert durch Gesetz v.

Muß er aber im vollen Bewußtsein dieser Ungewißheit entscheiden, bedarf er Regeln, die ihm sagen, wie er in diesem Fall zu entscheiden hat. Die hierfür maßgeblichen Rechtssätze werden als Beweislastnormen bezeichnet[132]. Da sich die Unmöglichkeit der Tatsachenklärung in jedem Verfahren ergeben kann, ist die Anerkennung und Anwendung von Beweislastnormen in keiner Verfahrensart ausgeschlossen. Da es für das Eingreifen der Beweislastnormen nur auf das Ergebnis des Beweisverfahrens ankommt, unabhängig davon, wer letztlich für die Sachaufklärung verantwortlich ist und sich um die Beweise zu bemühen hat, gibt es Beweislastnormen nicht nur in Verfahren nach der Verhandlungsmaxime, sondern auch in Verfahren nach der Untersuchungsmaxime, im Zivil-

---

noch Fn. 131) 7.8.1952 (BGBl. II S. 685) weist z.B. hin Pohle R., Besprechung von Rosenberg, Die Beweislast, AcP 155 (1956), S. 162 (167). Zu den Möglichkeiten, die z.B. das römische Recht kannte, bei einem non liquet von der Entscheidung abzusehen, vgl. Musielak, a.a.O. (Fn. 1), S. 199.

132) Die Existenz besonderer Beweislastnormen wird allgemein bejaht; vgl. die Nachweise bei Musielak, a.a.O. (Fn. 1), S. 20 (Fn. 134). Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. Gleichwetig werden die Begriffe "Beweislastregeln" oder "Beweislastverteilungsregeln" gebraucht.

wie im Verwaltungsprozeß und auch im Strafprozeß[133]. Beweislastnormen richten sich als "Entscheidungsnormen"[134] an den Richter, ohne ein bestimmtes Verhalten der Parteien anzuordnen oder vorauszusetzen. Bei dieser Betrachtung wird die große praktische Bedeutung der Beweislastnormen für die jeweils an einem Verfahren beteiligten Parteien durchaus nicht verkannt, die bei der Behandlung der Probleme der Beweislast deswegen auch meist im Vordergrund steht. Hier soll es aber zunächst nur darum gehen, festzustellen, daß die Beweislastnormen rechtstechnisch so ausgestaltet sind und den Zweck verfolgen, eine richterliche Entscheidung auch dann zu ermöglichen, wenn der Richter am Ende des Verfahrens weder das Vorliegen noch das Nichtvorliegen einer entscheidungserheblichen Tatsache festzustellen vermag. Sie weisen den Richter also je nach ihrer Ausgestaltung an, so zu entscheiden als ob das

---

133) Siehe nur Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 24, 28 ff.; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 31; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 169 m.w.N.; siehe bereits die umfangreichen Nachweise aus Literatur und Rspr. oben S. 4, Fn. 7. Vgl. demgegenüber zur teilweise früher und vereinzelt auch heute noch zu findenden Ansicht, daß es eine Beweislast in Verfahren nach der Untersuchungsmaxime nicht gebe, Fn. 5 u. 6. Die Erforderlichkeit von Beweislastnormen im Strafprozeß kommt deutlich durch die Beweislastregelung nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zum Ausdruck; hierzu näher Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 28 ff. m.w.N.; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 127; Moser K., In dubio pro reo, Diss. 1933, S. 70 ff. m.w.N.; Günther H.-L., Die Verurteilung im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachen, Berlin 1976, S. 38; unrichtig dagegen z.B. Löwe/Rosenberg/Gollwitzer, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl., Berlin/New York 1973, § 261 Anm. 2.

134) Dieser Ausdruck wird besonders von Blomeyer A., Zivilprozeßrecht, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963, S. 344 und Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 64 hervorgehoben.

fragliche Tatbestandsmerkmal gegeben ist oder nicht. Im Beispielsfall des § 22 GWB greift - von den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB abgesehen und vor allem für die Kartellamtspraxis bis zur Novellierung entscheidend - eine ungeschriebene Beweislastnorm ein, die den Richter für den Fall, daß er weder vom Vorliegen noch vom Nichtvorliegen des Tatbestandsmerkmals der "marktbeherrschenden Stellung" eines Unternehmens überzeugt ist, anweist, so zu entscheiden, als ob das Unternehmen nicht marktbeherrschend ist.

Die volle Tragweite einer "Entscheidung nach Beweislast" wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, daß natürlich auch ein solches Urteil der materiellen Rechtskraft fähig ist. Das rechtskräftig abgeschlossene Verfahren kann also auch dann nicht neu aufgerollt werden - von den eingeschränkten Möglichkeiten eines Wiederaufnahmeverfahrens abgesehen -, wenn sich die Beweislage geändert hat und etwa neue Beweismittel gefunden oder bessere Verfahren zur Tatsachenfeststellung entwickelt worden sind. Das Beweislasturteil wird somit im vollen Bewußtsein eines potentiell unrichtigen und oft sogar mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unrichtigen Ergebnisses mit der Folge getroffen, daß oft ein Widerspruch zur materiellen Rechtslage besteht. Dieses Ergebnis ist die wichtigste Funktion der Beweislastnorm und nicht etwa nur deren ungewollte, negative Nebenfolge[135].

---

135) Dies betonen besonders Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 175; Dubischar R., Grundsätze der Beweislastverteilung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JuS 1971, S. 385 (387); Leipold D., a.a.O. (Fn.7), S. 33, 49, 63.

Die besondere Bedeutung der Beweislastnormen für die an einem Prozeß beteiligten Parteien, darüber hinaus aber von einem konkreten Prozeß abgesehen für die dieser Regelung allgemein Unterworfenen und für die Rechtsordnung allgemein zeigt sich allerdings in den weiteren Folge- und Auswirkungen einer Beweislastregelung. Diese sind von der jeweiligen Beweislastnorm und der jeweiligen Verfahrensart, in der sie zur Anwendung kommen, abhängig und werden dadurch bedingt. Letztlich stehen diese Wirkungen im Vordergrund bei der Diskussion um die Beweislastverteilung und sind gerade auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung von entscheidender Bedeutung. Sie sind aber begrifflich von dem Problem der Beweislast und seiner Lösung durch die Beweislastnormen deutlich zu trennen. Gerade die Vernachlässigung einer hinreichenden Begriffsklarheit führt oft zu Mißverständnissen und Unsicherheiten bei der Behandlung von Beweislastfragen. Auch dies ist deutlich bei der Diskussion um die Beweislastregelung im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht zutage getreten. Es ist daher zumindest begrifflich unsauber, wenn immer wieder von "zivilistischen oder zivilrechtlichen" Beweislastnormen oder Vermutungen die Rede ist und davon, daß die Vermutungen nach § 22 Abs. 3 GWB nicht als solche zu verstehen seien[136]. Richtig ist vielmehr, daß es Beweislastnormen und gesetzlich widerlegliche Vermutungen in allen Verfahrensarten gibt, also auch im kartellrechtlichen Verfahren, wobei sich deren Auswirkungen nach den jeweiligen verfahrensrechtlichen Besonderheiten richten und es insbesondere darauf ankommt, ob es sich um Verfahren mit Geltung der Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime handelt. Beweislastnormen im Zivilprozeß sind demnach anders

---

136) Vgl. bereits oben S. 15 Fn. 33, 34; S. 23 Fn. 59; ferner die Formulierungen des Wirtschaftsausschusses, BT-Drs. 7/765, S. 6 und BT-Drs. 8/3690, S. 26, und des BKartA in TB 1974, a.a.O. (Fn. 42) S. 9, 11 und WuW/E BKartA 1475, 1480 ("Haindl/Holtzmann").

zu beurteilen als im Verwaltungsprozeß und im zivilrechtlichen Kartellverfahren anders als im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren. Jede Beweislastnorm - ob ausdrücklich normiert oder nicht - teilt die Rechtsnatur der jeweiligen materiellen Regelung, zu der sie hinzutritt. Nur in diesem Sinne ist eine Bezeichnung einer Beweislastnorm als "zivilrechtlich" oder "öffentlich-rechtlich" angebracht. Insoweit gibt es keine "zivilrechtliche Beweislastnorm, die sich auf eine öffentlich-rechtliche Norm bezieht. Daher ist es zumindest begrifflich unsauber von "zivilrechtlichen Beweislastnormen" im Verwaltungsverfahren, im Verwaltungsprozeß oder kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren zu sprechen. Eine solche Begriffsbildung knüpft unzulässigerweise nicht an den eigentlichen Regelungsbereich der Beweislastnormen, der Entscheidung im Falle eines non-liquet, an, sondern schließt die Auswirkungen mit ein, die die Beweislastnormen in einem zivilprozessualen, vom Verhandlungsgrundsatz geprägten Verfahren haben und die in dem Einfluß auf die Beweistätigkeiten der Parteien bestehen. Diese Auswirkungen sind aber von dem zunächst begrenzten Regelungsbereich der Beweislastnormen als Entscheidungsnormen im Falle eines non-liquet zu trennen, da sie von den jeweiligen Verfahrens- und Prozeßarten, in denen sie zur Anwendung kommen, abhängen.

II. Die prozessualen Auswirkungen der Beweislastnormen

Die von den Beweislastnormen bestimmte Entscheidung im Falle eines non-liquet hat unmittelbare Auswirkungen für die an einem Prozeß beteiligten Parteien.

Art und Umfang dieser Auswirkungen hängen davon ab, ob es sich um ein Verfahren mit Geltung der Untersuchungsmaxime oder der Verhandlungsmaxime handelt. Dabei wird zwischen "objektiven" und "subjektiven" Auswirkungen unterschieden.

1. Die Feststellungslast (objektive oder materielle Beweislast)

Wenn der Richter aufgrund der Beweislastnorm trotz Ungewißheit des Sachverhalts entscheidet, wirkt sich diese Entscheidung notwendigerweise zugunsten der einen und zu Lasten der anderen Partei aus. Die Feststellungslast, auch objektive oder materielle Beweislast genannt[137], bezeichnet insoweit die nachteiligen Folgen, die für die betroffene Partei durch eine Beweislastentscheidung entstehen. Sie wird sowohl in Verfahren mit Geltung der Untersuchungsmaxime als auch mit Geltung der Verhandlungsmaxime allgemein anerkannt[138]. Das Bestehen einer solchen Feststellungslast ergibt sich dabei von selbst aus der Anerkennung der Notwendigkeit von Beweislastnormen in jedem Verfahren und deren logischer Folge. So wird selbstverständlich auch in dem vom Untersuchungsgrundsatz gem. § 69 GWB bestimmten kartellrechtlichen Beschwerde-

---

137) Zu den insoweit synonym verwendeten Begriffen vgl. Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 33 f.; Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 24 ff.; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 682.

138) Vgl. die Nachweise in Fn. 133 sowie bereits in Fn. 7. Für den Verwaltungsprozeß vgl. ferner Klinger H., Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964, § 86 A, 1; Koehler A., Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin/Frankfurt 1960, § 86 A V; Kopp, F.O., Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl., München 1984, § 108 Rdn. 11; Redeker/von Oertzen, a.a.O. (Fn. 3), § 108 Bem. 11; Schunk/De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Sieburg 1977, 3. Aufl., § 86 Rdn. 1, c, bb); Ule C.-H., Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl., München 1983, S. 224; aus der Rechtsprechung vgl. nur BVerwGE 45, S. 297 (303 ff.); 47, S. 338 (339);

verfahren vom Bestehen einer Feststellungslast ausgegangen[139]. Im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB bedeutete dies, daß - vom Bestehen der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB abgesehen - die Kartellbehörde das Risiko der Nichterweislichkeit der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens tragen muß und im Beschwerdeverfahren ihre Mißbrauchsverfügung aufgehoben wird, falls die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens ungeklärt bleibt.

2. Die Behauptungslast und die Beweisführungslast (subjektive oder formelle Beweislast)

Als Folge der somit für eine Partei eintretenden negativen Auswirkungen der Feststellungslast, wird die dadurch belastete Partei gehalten sein, Tatsachen zu behaupten und unter Beweis zu stellen, um eine non-liquet-Entscheidung zu vermeiden und zu einer von ihr gewünschten Sachverhaltsfeststellung zu gelangen. Während in Verfahren mit Geltung der Untersuchungsmaxime der Sachverhalt von Amts wegen aufgeklärt wird und das Gericht von sich aus Beweise erheben muß, ohne an entsprechende Behauptungen und Beweisantritte der Parteien gebunden zu sein, liegt in Verfahren mit Geltung der Verhandlungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung bei den Parteien. Diese müssen Tatsachen, die berücksichtigt werden sollen, durch ihre Behauptung in den Prozeß einführen und, wenn diese bestritten werden, hierfür Beweis

---

noch 138) 49, S. 1 (6); NJW 1980, S. 252 ff.; BSG NJW 1978, S. 1213 (1215). Zur Gegenmeinung, die von einem falschen Verständnis des Beweislastproblems ausgeht, vgl. bereits Fn. 5, 6, 133.

139) Vgl. nur Langen, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 21), § 69 Rdn. 1ff. i.V.m. § 54 Rdn. 1; Müller/Gries/Giessler, a.a.O. (Fn. 38), § 69 Rdn. 3 i.V.m. § 54 Rdn. 4; Westrick/Loewenheim a.a.O. (Fn. 38), § 69 Rdn. 1 i.V.m. § 54 Rdn. 5; vgl. ferner schon zur rechtlichen Beurteilung der Vermutungen oben S. 12 ff. m.w.N.

antreten. Geschieht dies nicht, verliert die Partei schon aus diesem Grunde den Prozeß. Auf die Frage der Nichterweislichkeit kommt es erst gar nicht an. Der Richter fällt kein Urteil aufgrund der Feststellungslast, sondern er wird durch die Ausgestaltung des Verhandlungsgrundsatzes dazu berechtigt und verpflichtet, gerade auf die Sachverhaltsaufklärung zu verzichten und allein mangels einer entsprechenden Behauptung oder eines entsprechenden Beweisantritts zu entscheiden. Diese allein für Verfahren mit Geltung der Verhandlungsmaxime eintretenden weiteren, über die Feststellungslast hinausgehenden Belastungen werden mit dem Begriff der Behauptungslast und Beweisführungslast, auch subjektive oder formelle Beweislast genannt, bezeichnet. Daher gibt es nach allgemeiner Meinung im Verwaltungsprozeß keine so definierte Behauptungs- und Beweisführungslast, weder für den Bürger noch für die Verwaltungsbehörde[140]. § 42 Abs. 2 VwGO sowie die Bestimmungen über die Konkretisierung des Streitgegenstandes und des Klagebegehrens werden nicht als Ausnahmen von diesem Grundsatz angesehen[141], obwohl es einer "Behauptungslast" im Ergebnis zumindest recht nahe kommt, wenn ein Bürger "geltend machen muß, in seinen Rechten verletzt worden zu sein" (§ 42 Abs. 2 VwGO). Auch können weder der Bürger noch die Verwaltung damit rechnen, im Prozeß Erfolg zu haben, wenn sie nicht die für sie günstigen Tatsachen darlegen und zum Gegenstand des Prozesses machen.

---

140) Zu diesen Begriffen vgl. Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 36 ff., 50; Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 16, 47; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 681 f.; zur Begrenzung auf Verfahren mit Geltung der Verhandlungsmaxime vgl. nur Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn. 3), §86 Rdn. 5; Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 138), § 108 Rdn. 11 ff.; Redeker/von Oertzen, a.a.O. (Fn. 3), § 108 Bem. 10 f.; BVerwGE 3, S. 245; E 52, S. 260; E 55, S. 297. Zum Problem der Durchbrechung der Untersuchungsmaxime s.o.S. 65 f.

141) Vgl. z.B. Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 138), Rdn. 2,22 vor §40 einerseits und § 42 Rdn. 98 ff. andererseits.

Andererseits soll aber nicht verkannt werden, daß auch in Verfahren mit Geltung der Untersuchungsmaxime weitere mit der Festellungslast verbundene Belastungen bestehen. Dies ergibt sich zum einen daraus, daß auch bei dieser Verfahrensart den Parteien Mitwirkungspflichten[142] bei der Sachverhaltsaufklärung obliegen. Zudem wird die Amtsermittlung allein nicht schon die völlige Aufklärung des Sachverhalts garantieren. Auch knüpft vor allem die Rechtsprechung zur Begründung negativer Entscheidungen für eine Partei auch in Verfahren mit Geltung der Untersuchungsmaxime gern an Behauptungs- und Beweisführungslasten vergleichbare "Darlegungs- und Nachweispflichten" an, denen die unterlegene Partei nicht hinreichend nachgekommen sei[143].
Unabhängig davon wirken sich objektive Nachweisschwierigkeiten zwangsläufig gegen die Partei aus, die die Feststellungslast trägt. Diese wird daher von sich aus bestrebt sein, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, damit das Gericht zu einer ihr günstigen Feststellung gelangt.
Ferner hat sich auch der Gesetzgeber einer reinen Durchführung der jeweiligen Verfahrensmaximen nicht immer verpflichtet gefühlt und im Verwaltungsrecht dem Bürger in zahlreichen Fällen Nachweispflichten auferlegt[144].

---

142) Zur Mitwirkungspflicht vgl. allgemein Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn. 3), § 86 Rdn. 3; Redeker/von Oertzen, a.a.O. (Fn. 3), § 86 Bem. 10 ff.; kritisch hierzu Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 51 ff., 166 ff.; speziell zum Kartellbeschwerdeverfahren vgl. Junge W., in: Gemeinschaftskommentar zum GWB, hrsg. von Müller-Henneberg/Schwarz, 3. Aufl., 5. Lfg., Köln/Berlin/Bonn/München 1973, § 69 Rdn. 1 i.V.m. § 54 Rdn. 2; Langen, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 21), § 69 Rdn. 2, 6; Müller/Gries/Giessler, a.a.O. (Fn. 38), § 69 Rdn. 3; Westrick/Loewenheim, a.a.O. (Fn. 38), § 69 Rdn. 1 f.; aus der Rspr. z.B. BGH, Beschl. v. 27.2.1969, WuW/E 990, 993 ("Papierfiltertüten II").

143) Z.B. BVerwGE 39, S. 231 (234); 38, S. 307 (310); 37, S. 62 (66); weitere Nachweise bei Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 167 f. Solche Formulierungen bedeuten aber nicht die Anerkennung von Beweisführungslasten.

144) Z.B. § 2 Abs. 1 Nr. 6 ApothG; §§ 15 Abs. 5 S. 1, 17 Abs. 1 Nr. 4 BJagdG; § 18 Abs. 1 S. 1 BSeuchG; § 4 Abs. 1 Nr. 2 LuftVG ; § 6 Abs. 2 S. 2 S. 1 PaßG; hierzu auch Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 42 ff.

In diesen Bereichen der partiellen Geltung des Verhandlungsgrundsatzes ist dann folgerichtig auch eine Behauptungs- und Beweisführungslast anzuerkennen. Im GWB sind bestimmte Nachweispflichten z.B. in §§ 2 Abs. 2; 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 Nr. 1 u.3; 5 a Abs. 2 und 24 Abs. 1 GWB normiert, die als Durchbrechung der Untersuchungsmaxime angesehen werden[145].

Für den Bereich der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB - von der Problematik des § 22 Abs. 3 GWB zunächst abgesehen[146] - gilt uneingeschränkt die Untersuchungsmaxime gem. § 69 GWB. Insofern kann auch nicht von einer Beweisführungslast der Kartellbehörde gesprochen werden. Nach den zuvor dargestellten Grundsätzen und Begriffsbestimmungen trifft die Kartellbehörde im Beschwerdeverfahren also die Feststellungslast. Wenn daher die Rede davon ist, daß die Mißbrauchsaufsicht deshalb ineffektiv gewesen sei, weil die Kartellbehörde die marktbeherrschende Stellung von Unternehmen oft nicht habe nachweisen können[147], so bedeutet dies richtigerweise, daß wegen der Feststellungslast der Kartellbhörde eine Mißbrauchsverfügung vor der Kartellnovelle 1973 nur dann im Kartellverwaltungsverfahren ergehen und im Beschwerdeverfahren aufrechterhalten bleiben konnte, wenn nach dem Ergebnis der Sachverhaltsaufklärung das Beschwerdegericht vom Vorliegen einer marktbeherrschenden

---

145) Baur J.F., a.a.O. (Fn. 29), BB 1979, S. 917; Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 177; Junge W., a.a.O. (Fn. 142), § 54 Rdn. 2; zur Nachweispflicht der zusammenschlußwilligen Unternehmen nach § 24 Abs. 1 GWB vgl. nur BGH, WM 1979, S. 149 (153 f.) ("VEBA-Gelsenberg"); st.Rspr. vgl. die entsprechenden Kommentierungen, z.B. Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 24 Rdn. 115; Langen, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 21), § 24 Rdn. 2.

146) Näheres hierzu oben S. 12 und unten S. 112 ff.

147) S.o.S. 9 für die Novelle 1973.

Stellung überzeugt war. In einer Situation des non-liquet, wo ungeklärt bleibt, ob das Unternehmen marktbeherrschend ist, muß das Kartellamt allein aufgrund der Feststellungslast unterliegen.

3. Die Grundsätze der Beweislastverteilung

Bei der Frage der Beweislastverteilung geht es darum, **wer** von den an einem Rechtsstreit Beteiligten die Nachteile der Unaufklärbarkeit für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Rechtsnorm tragen muß. Wenn dies mit dem Begriff "Beweislastverteilung" bezeichnet wird, ist dies eine verkürzte Begriffsbildung, da die Feststellungslast die Nachteile der Beweislastentscheidung für eine Partei umschreibt. Nichtsdestotrotz soll im Folgenden der hergebrachte Begriff der "Beweislastverteilung" beibehalten werden.

Die Frage nach der Verteilung der Beweislast ist auch heute noch - zumindest in Teilbereichen - umstritten[148]. Dies liegt daran, daß diese Frage weder im Zivilrecht noch im Verwaltungsrecht eine zusammenfassende gesetzliche Regelung gefunden hat und es daher als vordringlichste Aufgabe der Rechtswissenschaft angesehen wurde, für die Praxis geeignete Grundsätze aufzufinden oder zu entwickeln[149]. Obwohl sich Literatur und vor allem die Rechtsprechung überwiegend auf die "hergebrachten Grundsätze der Beweislastverteilung" berufen oder ähnliche Formulierungen verwenden[150], kann von einem ähnlich gesicherten Grundsatz, wie er im Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht durch den Grundsatz " in dubio pro reo" zum Ausdruck kommt, nach dem die

148) Vgl. nur das in Fn. 7 bis 11 angegebene Schrifttum; insbesondere zur neueren Diskussion im Zivilprozeß vgl. Schwab K.H., a.a.O. (Fn. 7), S. 163 ff.; zum Verwaltungsprozeß Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 177 ff.

149) Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 4, 98; Tietgen W., a.a.O. (Fn. 7),S. 36 ff.; Bettermann K.A., a.a.O. (Fn. 7), S. E 26 ff.; Lukes R., a.a.O. (Fn. 7), ZZP 72 (1964), S. 78 ff.

150) Vgl. bereits oben Fn. 3 mit zahlreichen Nachweisen aus Literatur und Rspr.; insbes. für den Verwaltungsprozeß vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 178, Fn. 64 u.S. 180 ff.

Feststellungslast in vollem Umfang bei der Strafverfolgungsbehörde liegt[151], sicherlich nicht gesprochen werden. Wird man im Zivilprozeß noch eher von Grundsätzen ausgehen können, deren Anwendungsbereiche lediglich im einzelnen noch unklar sein mögen, so ist dies im Verwaltungsprozeß richtigerweise nicht der Fall. Dies wird trotz scheinbarer verbaler Übereinstimmung und des Festhaltens an den nicht näher begründeten "allgemeinen Grundsätzen" auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zunehmend anerkannt[152]. Ja sogar im Strafrecht erweist sich bei näherem Hinsehen der Grundsatz "in dubio pro reo" auch nicht als so unumstößlich und wird nicht ausnahmslos angewendet, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Dies zeigt sich im materiellen Strafrecht z. B. am Tatbestand der "üblen Nachrede" nach § 186 StGB, bei dem der Angeklagte die Feststellungslast hinsichtlich der Wahrheit der ehrenrührigen Tatsachenbehauptung tragen muß[153], und an den "Schuldvermutungen" des alten Wirtschaftsstrafrechts[154].

---

151) Daß es sich dabei um eine Beweislastregel handelt, wurde bereits dargelegt, s.o.S. 57 m.w.N.

152) Vgl. BVerwGE 44, S. 265 (269); 45, S. 297 (303); 12, S. 247 (249 f.); dazu Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 183 ff.; Dubischar R., a.a.O. (Fn. 135), S. 390; Hoppe W., a.a.O. (Fn. 85), S. 138, 143 f.; v. Pestalozza Ch., Der Untersuchungsgrundsatz, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags, Stuttgart/München/Hannover 1977, S. 185 (196).

153) Vgl. nur Lenkner Th., in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, München 1978, § 186 Rdn. 11 ("Den Täter trifft insofern die materielle Beweislast"); Stree W., In dubio pro reo, Tübingen 1962, S. 50 f.

154) Hierzu Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 37 ff. mit zahlreichen Beispielen Schmidt E., a.a.O. (Fn. 6), 1. Aufl., Göttingen 1952, Nr. 307 f.; ders., Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1950, S. 52 f.; vgl. auch BVerfGE 9, S. 137 (144 ff.); 9, S. 167 (170 ff.); zu diesen Entscheidungen siehe unten S. 158 ff.

Im übrigen ist die Reichweite dieses Grundsatzes der "Unschuldsvermutung" äußerst umstritten, wenn es um die Feststellungslast von Verfahrensvoraussetzungen, Einstellungsvoraussetzungen, Verfahrensfehlern, Maßregeln der Sicherung und Besserung oder um Bewährungsprognosen geht[155].

Im Zivilprozeß wird allgemein von der Rosenbergschen Normentheorie ausgehend angenommen, daß jede Partei die Beweislast für die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu beweisen hat[156]. Dies

---

155) Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 53 ff., 78 ff., 90 ff. m.w.N.; ders., in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, München 1978, § 56 Rdn. 16 u. § 68 e Rdn. 3; Roxin C., Strafverfahrensrecht, 16. Aufl., Müchen 1980, S. 55, 74 f., 319; Kleinknecht Th., Strafprozeßordnung, 34. Aufl., München 1979, § 136 a Rdn. 22, § 261 Rdn. 26 ff; § 370 Rdn. 2 m.w.N. Ferner Sulanke H.E., Die Entscheidung bei Zweifeln über das Vorhandensein von Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernissen im Strafverfahren, Berlin 1974; Terhorst B., Bewährungsprognosen und der Grundsatz "in dubio pro reo", MDR 1978, S. 973 ff. Aus der Rspr. vgl. z.B. BGHSt 18, S. 274 ff. (Verjährung); BayObLG, JZ 1969, S. 153 (Strafklageverbrauch); OLG Hamburg, NJW 1975, S. 1750 (Rechtsmitteleinlegung); hierzu aber BGHSt 10, S. 245 ff. u. 11, S. 395 ff.; BGHSt 16, S. 164 ff. (Unzulässige Vernehmungsmethoden); LG Aachen, JZ 1971, S. 507 (517 ff.) (Einstellung des Contergan-Falles).

156) Rosenberg, a.a.O. (Fn. 3), S. 98 ff.; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 680 ff.; Musielak H.J., a.a.O. (Fn. 1), S. 286 ff. m.w.N.; Lukes R., a.a.O. (Fn. 7), ZZP 72 (1964), S. 80; vgl. im übrigen bereits Fn. 3; ständige Rspr. z.B. BGHZ 3, S. 342 (346); 39, S. 103 (106); 53, S. 245 (250); vgl. im übrigen bereits oben Fn. 3.

ist aber nicht unumstritten geblieben[157]. Durch die hier gebrauchte Wendung "zu beweisen hat" kommt die im Zivilprozeß im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes geltende Beweisführungslast stärker zum Ausdruck als die an sich vorgelagerte Feststellungslast. Dieser Art der Beweislastverteilung liegt ein Regel-Ausnahme-Prinzip zugrunde, das besagt, daß der Gesetzgeber sprachlich durch die jeweilige Formulierung des Gesetzestextes zum Ausdruck bringt, daß die Partei, die eine bestimmte Rechtsfolge begehrt, die tatsächlichen Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale (Regeltatbestand) und die Partei, die eine bestimmte Rechtsfolge nicht gegen sich gelten lassen will, die tatsächlichen Voraussetzungen der rechtshindernden, rechsvernichtenden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale (Ausnahmetatbestand) zu beweisen hat. Über diese Grundregel der Beweislastverteilung besteht im Prinzip in der Praxis weitestgehende Einigkeit. Streitig ist aber nach wie vor die Frage nach der Beweislastverteilung in Einzelfällen und somit die Stringenz der Normentheorie[158]. Ferner wird im Wege der Rechtsfortbildung nicht

---

157) Vgl. nur Grunsky W., a.a.O. (Fn. 141), S. 426 ff.; Bruns R., Zivilprozeßrecht, 2.Aufl., München 1979, S. 252 ff.; Wahrendorf V., a.a.O. (Fn. 7), S. 59 ff.; Reinecke G., a.a.O. (Fn. 7), S. 84 ff.; Kegel G., Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 321 (335 ff); Prölss J., Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966, S. 65 ff. Zur neueren Diskussion vgl. Schwab K.H., a.a.O. (Fn.7), S. 163 ff.

158) Vgl. vorige Fn.; ferner auch Leipold D. a.a.O., (Fn. 7), S. 19 ff.

selten dort von der Grundregel der Normentheorie abgewichen, wo deren Ergebnisse als unbefriedigend angesehen werden[159]. Darauf, daß derartige Praktiken oft einer hinreichenden Legitimation entbehren, hat bereits Lukes speziell für den Bereich der Produkthaftung hingewiesen[160]. Bei der Vielzahl der speziellen Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen sowie den zahlreichen Abweichungen und Durchbrechungen dieser "Beweislastgrundregel" ist in der Tat zu fragen, ob eine solche Grundregel überhaupt anzuerkennen oder nur eine grobe Richtschnur und höchstens eine "im Zweifel" anzuwendende Beweislastnorm ist. Dieses Problem ist wohl vom Ansatz her so zu bewältigen, daß die Frage der Beweislastverteilung mit den auch ansonsten üblichen juristischen Auslegungsmethoden gelöst werden muß, die von besonderer Bedeutung sind , wenn es an ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen fehlt. Im Rahmen des Zivilprozesses wird man dabei davon auszugehen haben, daß eine Beweislastverteilung nach der "Normentheorie" jedenfalls im Ergebnis anzuerkennen ist, da sie auf einer gewachsenen Rechtstradition beruht, der Gesetzgeber sie auch regelmäßig angewendet wissen wollte und dies durch die Gesetzessystematik, die klare Interessenabgrenzung, die Kennzeichnung der Angriffs- und

---

159) Zur Rechtsfortbildung allgemein vgl. Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 687 ff.; Reinecke G., a.a.O. (Fn. 7), S. 88 ff.; Grunsky W., a.a.O. (Fn. 114), S. 430 ff.; zur Produkthaftung und zum Arzthaftungsrecht siehe bereits oben S. 40ff.

160) Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 48, Fn. 251.

Verteidigungsstellungen sowie die auf prozessuale Durchsetzbarkeit ausgerichteten materiellen Regelungen zu erkennen gegeben hat[161]. Will der Gesetzgeber im Einzelfall davon abweichen, so muß er dies - wie häufig durch ausdrückliche Regelungen geschehen - eindeutig zu erkennen geben. Daher sind auch jeder Rechtsfortbildung in Form einer häufig propagierten Beweislastumkehr extra oder gar contra legem verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt, die nicht immer hinreichend beachtet werden und deren Legitimation ohnehin oft einer erforderlichen Begründung entbehrt. So ist es - wie in anderen Rechtsbereichen auch - nicht zulässig, allein mit dem Hinweis auf "unbefriedigende Ergebnisse", die "Beweisnot" einer Partei oder den "Sphärengedanken"[162] von den gesetzlich vorgesehenen allgemeinen Beweislastnormen abzugehen und mittels einer Beweislastumkehr eine diesen Normen entgegengesetzte, also dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechende Regelung zu treffen. Insofern ist die Kritik von Lukes[163],

---

161) Schwab K.H., a.a.O. (Fn. 7), S. 517 unter Hinweis auf die Protokolle und Motive zum BGB (Protokolle I, S. 259; IV, S. 384; Motive I, S. 382); ausführlich auch Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 277 ff.

162) Vgl. Grunsky W. a.a.O. (Fn. 114), S. 430 ff.; Prölss J., a.a.O. (Fn. 157), S. 65 ff; Diederichsen U., Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 1966, S. 211 ff.; so vor allem die Argumentation der Rspr. in den Produkthaftungs- und Arzthaftungsprozessen, s.o.S. 41 ff. m.w.N.

163) Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 48, Fn. 251.

die im übrigen für sämtliche Bereiche einer "Beweislastumkehr" extra und contra legem gilt, völlig berechtigt. Es ist allein dem Gesetzgeber vorbehalten, von seiner "Grundregel" abweichende Anordnungen zu treffen, wenn er dies nachträglich für erforderlich hält. Allenfalls könnte im Wege der Analogie oder aus dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung eine andersartige Beweislastregelung hergeleitet werden, wenn, wie im letzteren Fall, eine Beweislastverteilung nach der "Normentheorie" in bestimmten Bereichen ansonsten verfassungswidrig wäre. Ansätze dafür finden sich durchaus in Rechtsprechung und Literatur, insbesondere dann, wenn es um Fragen der Beweiserleichterungen und der Beweislastumkehr geht[164]. Allerdings würde die Rechtssicherheit, die von der allgemein anerkannten und praktizierten Beweislastgrundregel ausgeht und für die gesamte Rechtsordnung von erheblicher Bedeutung ist, unzulässigerweise ausgehöhlt, wenn die Rechtsprechung nahezu wahllos im Einzelfall oder in einzelnen Rechtsbereichen unter Berufung auf die "Billigkeit" oder eine wie auch immer geartete "Beweisnot" eine nicht vorhersehbare Beweislastentscheidung fällt und dadurch mittelbar von sich aus materielle Rechtspositionen in ihrer Durchsetzbarkeit und in der Rechtswirklichkeit verändert[165].

---

164) So insbes. im Artzthaftungsrecht; vgl. BVerfGE 52, S. 131 ff. = NJW 1979, S. 1925 ff. Ferner siehe bereits oben S. 41 ff. zur verfassungsrechtlichen Relevanz von Beweislastnormen im Zivilrecht.

165) Vgl. Buss W., Beweislast und Beweiswürdigung im Verwaltungsprozeß, DRiZ 1966, S. 291 (294); Deubner K.G., Beweislastverteilung bei Anwendung des § 48 Abs. 2 EheG, NJW 1969, S. 1645 (1647); Schneider E., Die Beweislastverteilung, MDR 1969, S. 4 (9); im Ergebnis auch Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 209 ff.

Im Verwaltungsprozeß wird man von einer derart gesicherten Beweislastverteilungsgrundregel nicht ausgehen können. Die Voraussetzungen hierfür sind im Gegensatz zum Zivilprozeß denkbar ungünstig, weil die Regelungsbereiche zu verschieden sind, als daß die speziell auf den Zivilprozeß zugeschnittene Normentheorie einfach auf den Verwaltungsprozeß übertragen werden könnte. Dies wird auch - trotz der gern verwendeten Berufung auf "allgemeine Regeln der Verwaltungsrechts" oder des "verwaltungsgerichtlichen Verfahrens"[166] - allgemein in Rechtsprechung[167] und Literatur[168] anerkannt.
In Aufbau und Wortlaut von öffentlich-rechtlichen Normen kommen vielfach keine Beweislastregelungen zum Ausdruck, zumal das Verwaltungsrecht weitestgehend keine dem Zivilrecht vergleichbare und für ein Beweislastsystem aussagekräftige systematische Kodifikation enthält.

---

166) Z.B. schon BVerwG, DVBl. 1960, S. 36, BVerwGE 30, S. 358 (361); DVBl. 1969, S. 748 (751); NJW 1975, S. 635 (636); aus der neueren Rspr. z.B. BVerwGE 44, S. 265 (269); 47, S. 330 (338); NJW 1978, S. 1540 (1542); im übrigen Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 180 ff.; für den Sozialgerichtsprozeß z.B. BSGE 30, S. 121 (123); 31, S. 143 (154); für den Finanzgerichtsprozeß BFH 92, S. 519 (523); 101, S. 156 (164 f.); 119, S. 164 (166 f.); 126, S. 418 ff.; 12, S. 71 ff.; 130, S. 179 ff.

167) BVerwGE 44, S. 265 (269), mit Besprechung von Berg W., Die Beweislast im Verwaltungsprozeß am Beispiel des Wohngeldrechts - BVerwGE 44, 265, JuS 1977, S. 23 (26); vgl. ferner BVerwGE 45, S. 297 (303); 12, S. 247 (249 f.); 13, S. 36 (40 f.), in der "allgemeine Regeln" abgelehnt werden; BVerwG DVBl. 1970, S. 62 (64 f.).

168) Vgl. hierzu insbesondere Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 185 f.; Bettermann K.A., a.a.O. (Fn. 7), E 124 (Diskussionsbeitrag); Dubischar R., a.a.O. (Fn. 135), Jus 1971, S. 390, 394; Hoppe W., a.a.O. (Fn. 85), S. 138, 143 f.; Knemeyer F.-L., Der Schutzanspruch im Baurecht - Individualschutz durch die Verwaltung, DVBl. 1978, S. 37 (38 ff.); v.Pestalozza Ch., a.a.O. (Fn. 152), S. 195 ff.; Redeker K., Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, NJW 1966, S. 1777 (1780); Maetzel W.B., Beweislast und Beweiserhebung im Verwaltungsprozeß, DöV 1966, S. 520 (522); Bachof O., Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE Band 13 - 19), JZ 1966, S. 310; Lüke G., a.a.O. (Fn. 86), JZ 1966, S. 591; Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 138), § 108 Rdn. 13. Hierzu vgl. bereits PrOVGE 30, S. 250.

Hinzu kommt der im Verwaltungsprozeß geltende Untersuchungsgrundsatz, der das Beweislastproblem oft nicht in Erscheinung treten läßt. Daher haben Beweislastfragen im Verwaltungsrecht lange eine untergeordnete Rolle gespielt. Teilweise wurde sogar das Bestehen einer "Beweislast" gänzlich geleugnet[169]. Entsprechend hat auch der Gesetzgeber eher bei der Fassung zivilrechtlicher als bei der öffentlich-rechtlicher Normen gleichzeitig auch die jeweilige Beweislastsituation im Auge gehabt[170]. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Äußerung von v.Oertzen, durch den Einzug der EDV werde eine besondere Verwendung positiver und negativer Formulierungen im Gesetzgebungstext erforderlich, so daß das Argument, der Gesetzeswortlaut regle die Beweislastverteilung, zusätzlich an Wert verliere[171].

Bei der Frage, wen letztlich die Feststellungslast trifft, ist von den anzuwendenden materiell-rechtlichen Normen auszugehen[172]. Ansonsten werden unterschiedliche Ansätze vertreten, die von einer modifizierten Normentheorie[173] über eine Beweislastverteilung nach dem Grundsatz "in dubio pro libertate"[174] bis hin zur Nutz-

169) S.o.S. 3 f., Fn. 5 u. 6.

170) BVerwGE 44, S. 265 (269); E 45, S. 297 (303).

171) V.Oertzen H.J., Automatisationsgerechte Gesetze als Voraussetzung der Automatisation, DVBl. 1969, S. 61 ff.

172) Anders noch die alte Rechtsprechung, die sich an der Parteistellung und der Klageart orientiert hat. Vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 178 f. m.w.N.

73) Siehe hierzu Fn. 167 u. 168.

74) Vor allem Schneider P., In dubio pro libertate, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 263 ff. (274 ff.); vgl. ferner auch Grunsky W., a.a.O. (Fn 144), S. 426 ff.; Auer W., a.a.O. (Fn. 7), S. 26, 80, 88; Deppe G., a.a.O. (Fn.)), S. 64; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 53 ff.; Michael A.R. a.a.O. (Fn. 7), S. 214; Stern K., Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 5. Aufl., München 1980, S. 150, 157; hierzu näher unten S. 186 ff.

barmachung von Wahrscheinlichkeits-[175] Zumutbarkeits[176] und Billigkeitsgesichtspunkten[177] oder einer Auslegung im Einzelfall[178] reichen. Die Untauglichkeit pauschaler Lösungsversuche zeigt sich besonders deutlich bei der bislang im Rahmen der Diskussion um die Beweislastverteilung im Verwaltungsrecht wenig beachteten, aber immer wichtiger werdenden Konstellation einer öffentlich-rechtlichen Regelung mit "Drittwirkung". Bei derartigen verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, bei denen ein "Dritter" einbezogen wird, dem wegen der ihm eingeräumten subjektiven öffentlichen Rechte ein Abwehrrecht gegenüber den einen anderen Privaten begünstigende Maßnahmen zusteht, ist die klare "Frontenstellung" zwischen Bürger und Staat durchbrochen. Es geht hierbei letztlich nicht um die Beweislastverteilung zwischen Staat und Bürger, sondern zwischen zwei von einer staatlichen Regelung entgegengesetzt betroffenen Privatrechtssubjekten. Dies gilt speziell für den Bereich der "Nachbarklagen" im Baurecht, Immissionsschutzrecht oder Atomrecht. Die zunehmende Ausweitung der subjektiven öffentlichen Rechte wirft völlig neue Probleme für die Beweislastfrage auf[179].

---

175) So auch Grunsky W., a.a.O. (Fn. 114), S. 426, 429; v. Zezschwitz F., Das Gewissen als Gegenstand des Beweises, JZ 1970, S. 233 (238); dahin tendierend auch die Ausführungen in BVerwG DöV 1958, S. 704 (705); BVerwGE NJW 1971, S. 820 (821).

176) Teilweise als zusätzliches Argument verwendet; vgl. BVerwGE 12, 247 (250); ferner BVerwGE 37, 192 (199 ff.) u. BVerwG NJW 1978, S. 1540 ff. (zur Beamtenhaftung für den Kassenfehlbestand); BSGE 21, S. 133 (135 f.); 30, S. 167 (179 ff.); BSG NJW 1977, S. 2134 f. (zum Teilzeitarbeitsmarkt).

177) Z.B. OVG Münster, OVGE 12, S. 268 (271 f.) zum Dienstunfallrecht.

178) Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 218 ff.; Ansätze hierzu auch bei BVerwGE 44, S. 265 (269); 28, S. 216 (222 f.); vgl. auch Fn. 168 m.w.N.

179) Vgl. nur Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 94 ff.; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 193.

Dessen ist sich auch das BVerwG bewußt, wenn es im Zusammenhang mit einer Nachbarklage im Baurecht ausführt, gerade in einem solchen Fall müsse wegen der der Klage des Nachbarn zugrunde liegenden typischen Interessenlage der die Genehmigung angreifende Nachbar die Feststellungslast tragen[180]. Dies ist eine Abkehr von dem ansonsten praktizierten Grundsatz, daß die Verwaltung die Feststellungslast für in Rechte des Bürgers eingreifende Maßnahmen tragen muß. Eine Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf andere Bereiche ist bislang nicht erfolgt und wurde auch nur beiläufig diskutiert[181].

Richtigerweise kommt es im Verwaltungsprozeß ebenso wie im Zivilprozeß letztlich darauf an, dem gesetzgeberischen Willen durch Auslegung der Rechtsnormen auch im Bereich der Beweislastnormen zur Durchsetzung zu verhelfen. Kann man aus den dargelegten Gründen zwar nicht von einem ähnlich verbindlichen "Beweislastsystem" wie im Zivilprozeß ausgehen, so wird man dennoch

---

180) BVerwG DVBl. 1970, S. 62 (64).

181) Vgl. die Überlegungen von Mahlmann W., Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1. Referat, in: Erstes Deutsches Atomrechtssymposium, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 1, S. 267 (286 f.); Wiedemann H., Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomaren Genehmigungsverfahren, 2. Referat, in: Erstes Deutsches Atomrechtssymposium, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 1, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, S. 291 (291). Vgl. auch den Diskussionsbericht, ebenda, S. 305 ff. (309 f.). Ferner Mutschler U., Nebenbestimmungen zur Atomanlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 6, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, S. 85 ff. Zum Problem der Beweislast bei konkurrierenden Industrieanlagen Schmieder K., Atomanlagengenehmigung und Bestandsschutz von Atomanlagen bei nachrückender Industrieansiedlung, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 12, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 57 ff.

häufig an ein "Regel-Ausnahme-Verhältnis" anknüpfen können, das allerdings im öffentlichen Recht oft schwerer als im Zivilrecht allein anhand der Gesetzesformulierung festzustellen ist. Danach wird regelmäßig bei Eingriffen in Rechtsgüter der Bürger die Verwaltung für die tatsächlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage und den Bürger für das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen die Beweislast - sprich Feststellungslast - treffen. Macht der Bürger dagegen einen Anspruch gegenüber dem Staat geltend, liegt regelmäßig die Beweislast - sprich Feststellungslast - für die anspruchsbegründenden Regeltatsachen beim Anspruchsteller, für die Ausnahmen beim Staat. Im Falle eines präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt wird diese Regel oft dahingehend abzuwandeln sein, daß die Behörde das Risiko der Beweislosigkeit für die Versagungsvoraussetzungen trifft, da dem Bürger in diesem Fall ein Anspruch grundsätzlich zusteht und nur ausnahmsweise bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen beschränkt oder ausgeschlossen werden soll.

Man muß sich aber, vielmehr als dies allgemein bedacht wird, im klaren sein, daß diese "Regeln" letztlich nur subsidiär und hilfsweise zum Zuge kommen können. Zunächst ist die Frage nach der Feststellungslast durch die Auslegung der konkreten Norm und der dahinter stehenden Wertungen und Interessenlagen zu beantworten, ohne vorschnell auf "allgemeine Grundsätze" zurückzugreifen.

Es ist somit in erster Linie Sache des Gesetzgebers, die Beweislastfrage selbst zu regeln und das Risiko der Nichtaufklärung eines Sachverhalts der einen oder anderen Partei aufzuerlegen. Dies hat der Gesetzgeber in vielen Fällen gemacht. In anderen Fällen hat er sich auf die rein materielle Regelung beschränkt, sei es, daß er an die Beweislastfrage nicht gedacht hat, sei es, daß er sie mittelbar durch die Gesetzesfassung oder den Gesetzeszweck quasi "mitgeregelt" hat. Es bleibt dann der Rechtsprechung und Lehre überlassen, die entsprechenden Beweislastnormen zu entwickeln.

Der Gesetzgeber wird wegen der auch ihm bekannten "Grundsätze der Beweislastverteilung" in vielen Fällen keine ausdrückliche Regelung der Beweislast treffen, wenn diese ohnehin nach diesen "allgemeinen Grundsätzen" gehandhabt werden soll. Er kann sich dann darauf beschränken, im Einzelfall eine von diesen Grundsätzen abweichende Beweislastverteilung anzuordnen. Dies kann auch durch spätere Korrekturen des Gesetzes geschehen, wenn die bestehende Beweislastverteilung zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt hat. In diesen Fällen spricht man von einer gesetzlichen "Umkehr der Beweislast"[182]. Wenn der Gesetzgeber die Beweislastfrage ausdrücklich geregelt hat, stellt sich nicht mehr die Frage, wie die Beweislast zu verteilen ist, sondern die Beweislastregelung selbst wird Gegenstand rechtlicher Prüfung. In dem Maße, in dem der Gesetzgeber ausdrückliche Beweislastnormen erläßt - und dies wird immer dann der Fall sein, wenn er von der hergebrachten Beweislastverteilung abweichen will - werden diese Regelungen selbst einer kritischen Prüfung unterzogen werden und sich - wie bei sonstigen Normen auch - am Maßstab der Verfassung messen lassen müssen. Daher ist die regelmäßig nachzulesende Feststellung, daß die Beweislastverteilung in der Hand des Gesetzgebers liege und sich diese nach den von ihm gefaßten Beweislastnormen richte, zwar richtig. Dies ist aber nur ein erster Schritt, der dazu führen muß, diese Beweislastregelungen näher zu untersuchen,

---

182) Besser wäre es, wenn auch diesbezüglich von einer Umkehr der Feststellungslast gesprochen würde.

einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen und allgemein die verfassungsrechtlichen Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung der Beweislast abzustecken.

4. Zum Verhältnis zur richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung

Die Anwendung der Beweislastnormen und die richterliche Beweis- und Verhandlungswürdigung gehören zwei verschiedenen Bereichen an. Dies folgt allein schon daraus, daß sich die Frage der Beweislast überhaupt erst dann stellt, wenn das Gericht im Prozeß eine Beweislastentscheidung fällen muß, es also nach Anwendung der richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung zu keiner Überzeugung vom Vorliegen oder Nichtvorliegen einer entscheidungserheblichen Tatsache gekommen ist. Die Beweislastnormen setzen einen ungeklärten Sachverhalt voraus, greifen demnach erst ein, wenn die Mittel der Tatsachenwürdigung versagt haben[183].

Andererseits enthalten Beweislastnormen und die richterliche Beweis- und Verhandlungswürdigung auch Wirkungen, die zusammentreffen und sich gegenseitig beeinflussen können. Dies folgt zwangsläufig daraus, daß es Ziel eines Beweises ist, daß der Richter die Überzeugung vom Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Tatbestandsmerkmales gewinnt, also ein "non liquet" verhindert wird.
Dabei hängt die Frage, wann es zu einer Be-

183) Allgemeine Meinung, vgl. nur Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 62; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 58; Lukes R., a.a.O. (Fn. 7), VEnergR, Bd. 23/24, S. 33, 36 und ZZP 77 (1964), S. 81.

weislastentscheidung kommt, abgesehen von den Eigenheiten der Regelungsmaterie und der gesetzlichen Ausformungen eines Tatbestandes[184], vor allem auch davon abhängt, unter welchen Umständen ein Beweis als geführt angesehen wird, d.h. welchen Grad von Überzeugtheit die Rechtsordnung vom Richter verlangt[185]. Dies wird besonders deutlich, wenn "Beweisschwierigkeiten" zum Anlaß genommen werden, die Beweislastverteilung "extra legem" zu modifizieren[186] oder - wie im Falle der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB - auf gesetzlichem Wege zu ändern[187].
Die Beweismaßanforderungen im Rahmen der "freien Beweiswürdigung" bestimmen somit maßgeblich den Anwendungsbereich der Beweislastnormen und damit deren Bedeutung im konkreten Fall. Je geringer die Anforderungen an die Überzeugung des Richters im Allgemeinen und je geringer die Beweisanforderungen an ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal im Einzelfall gestellt werden, desto kleiner wird der Anwendungsbereich der Beweislastnormen. Würde man z.B. von dem Erfordernis der persönlichen Überzeugung des Richters zugunsten einer "überwiegenden Wahrscheinlichkeit" abgehen, dann

---

184) Siehe hierzu bereits oben S. 45 ff.

185) Zur "freien richterlichen Beweiswürdigung" allgemein Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 67 ff; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 58 ff.; Reinecke G., a.a.O. (Fn. 3), S. 20; Greger R., Beweis und Wahrscheinlichkeit, Erlanger Juristische Abhandlungen, Bd. 22, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, S. 5, 12 f.; zur Entwicklung der freien Beweiswürdigung ausführlich: Walter G., Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979, S. 7 ff. u. 88 ff.

186) Hierzu siehe bereits oben S. 41 ff. u. 70 ff., insbesondere zum Produkt- und Arzthaftungsrecht.

187) Hierzu siehe oben S. 8 ff. u. 33 ff.

würde sich die Anwendbarkeit der Beweislastnormen auf die praktisch selten eintretenden Fälle beschränken, in denen die Wahrscheinlichkeit einen Wert von 50 : 50 ergibt.

Hierzu ist ferner anzumerken, daß gerade das Prinzip der "freien richterlichen Beweiswürdigung" wie es in § 286 ZPO normiert ist[188], in Verbindung mit dem Institut der Beweislast wegen der hierdurch klar zum Ausdruck kommenden Interessenbewertung und Risikoverteilung in aller Regel Bestrebungen entgegensteht, die zu einer Aufweichung des Grundsatzes der "freien richterlichen Beweiswürdigung" führen. Gemeint sind die Meinungen, die unter dem Gesichtspunkt der "überwiegenden Wahrscheinlichkeit" zu einer Sachverhaltsfeststellung[189] oder einer Beweislastentscheidung[190] zugunsten desjenigen, für den die "überwiegende Wahrscheinlichkeit" streitet, kommen wollen. Gerade diese unterschiedlichen Ansätze zeigen wiederum den engen Zusammenhang zwischen der Beweislast und der Beweiswürdigung. Diese Auffassungen würden aber das gesetzliche Überzeugungsgebot und - wie schon festgestellt[191] - die gesetzlichen Beweislastnormen unterlaufen. Der Gesetzgeber hat mit der Normierung des Überzeugungs-

---

188) Entsprechend § 108 VwGO, § 128 SGG, § 70 GWB.

189) Z.B. Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn. 3), § 108 Rdn. 4; Maassen B.M., Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, Köln/Berlin/Bonn/München 1975, S. 54 ff.

190) Zu dieser aus der nordischen Prozeßrechtslehre stammenden Ansicht z.B. Grunsky W., a.a.O. (Fn. 114), S. 426, 429; v.Zezschwitz F., Das Gewissen als Gegenstand des Beweises, JZ 1960, S. 233 (238 ff.); Bruns R., a.a.O. (Fn. 157), S. 248 ff. Ausführlich Walter G., a.a.O. (Fn. 185), S. 142 ff. Vgl. im übrigen Ekelöf P.O., Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins, ZZP 75 (1962), S. 289 ff. zum"Overvikts-Prinzip".

191) S.o.S.70 ff.

gebotes und den Regeln der Beweislast eine Entscheidung getroffen, die notwendigerweise im Falle des non-liquet, also wenn der Richter keine Überzeugung gewinnen konnte, eine nach den Beweislastnormen zu treffende Entscheidung anordnet und sich gerade nicht - falls nicht besonders normiert - mit der Feststellung einer Wahrscheinlichkeit begnügt. Es soll gerade nicht der wahrscheinlichere Sachverhalt der Entscheidung zugrunde gelegt werden, sondern derjenige, von dem der Richter überzeugt ist[192]. Ansonsten ist nach den Beweislastnormen zu entscheiden, die ihrerseits im übrigen natürlich auch auf Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten beruhen können.

Letztlich ist noch festzuhalten, daß die Beweislastnormen die freie richterliche Beweis- und Verhandlungwürdigung nicht beeinträchtigen oder gar ersetzen. Als Entscheidungsnormen an den Richter im Falle des non-liquet weisen sie diesen nur an, so zu entscheiden, als ob die entscheidungserhebliche Tatsache festgestellt worden sei oder nicht. Die Beweislastnormen ordnen also insbesondere nicht an, welche Überzeugung der Richter zu haben hat, oder treffen eine bestimmte Tatsachenfeststellung unabhängig von der richterlichen Überzeugung, sondern schreiben diesem lediglich vor, beim Fehlen der persönlichen Überzeugung im Hinblick auf die Verwirklichung einer entscheidungserheblichen Tatsache, die jeweilige Rechtsnorm anzuwenden oder

---

192) So auch die überwiegende Ansicht; besonders deutlich Schwab K.H., a.a.O. (Fn. 7), S. 514; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 128 ff. und 216 ff.; Greger R., a.a.O. (Fn. 185), S. 101 ff.; Walter G., a.a.O. (Fn. 185), S. 173 ff.

nicht. Sie treten somit nicht anstelle der richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung in dem Sinne, daß sie quasi in Ermangelung der richterlichen Tatsachenfeststellung von Gesetzes wegen einen bestimmten Sachverhalt feststellen. Vielmehr sollen sie - insofern im Gegensatz zu den Beweisregeln, die einen bestimmten tatsächlichen Vorgang als feststehend anordnen[193] - eine richterliche Entscheidung gerade für den Fall, daß keine hinreichenden tatsächlichen Feststellungen getroffen worden sind, dadurch ermöglichen, daß sie den Richter anweisen, so zu entscheiden, als ob das Tatbestandsmerkmal erfüllt sei oder nicht. Die Frage nach der tatsächlichen Verwirklichung bleibt also bewußt offen.

5. Zum Einfluß auf die Sachverhaltsaufklärung

Beweislastnormen greifen zwar erst am Ende eines Prozesses ein, wenn die Sachverhaltsaufklärung in Verbindung mit der richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung ergebnislos geblieben ist, sie haben aber, wie bereits festgestellt[194], Vorwirkungen, die sich auch auf Art und Umfang der Sachverhaltsaufklärung auswirken können.

Dies kommt in Verfahren mit Geltung der Verhandlungsmaxime besonders deutlich durch die Behauptungs- und Beweisführungslasten zum Ausdruck. Daher bestimmen die Parteien, deren prozessuales Verhalten von den Beweislastnormen insoweit gesteuert wird, durch das Einführen von Tatsachen in den Prozeß, das Zugestehen oder Bestreiten gegnerischer Behauptungen und das Antreten von Beweisen den Umfang der Entschei-

193) Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1) S. 23; zum Begriff der Beweisregel allgemein vgl. nur Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 660.

194) S.o.S. 61 ff.

dungsgrundlagen und die Erforderlichkeit einer Beweiserhebung. Es liegt an ihnen, eine für sie günstige Entscheidung durch die Feststellung der Tatsachen, hinsichtlich derer sie feststellungsbelastet sind, zu erreichen.

Im Verfahren nach der Untersuchungsmaxime ist die Situation mangels einer Behauptungs- und Beweisführungslast[195] anders. Durch die Untersuchungsmaxime ist dem Richter die Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung übertragen worden. Diese hat zum Ziel, den Sachverhalt - ohne Bindung an das Vorbringen der Parteien - so weit wie möglich aufzuklären, ist also gerade darauf gerichtet, eine "non-liquet-Situation" und die Erforderlichkeit einer Beweislastentscheidung zu verhindern. Dies erklärt sich daraus, daß der Untersuchungsgrundsatz die materielle Gerechtigkeit im Einzelfall sicherstellen und das öffentliche Interesse an einer richtigen Entscheidung wahren soll[196]. Eine Beweislastentscheidung, die ja eine potentielle "Fehlentscheidung" bedeutet, ist nur dann erlaubt, wenn zuvor eine vollständige Sachverhaltsaufklärung versucht worden, diese aber ergebnislos geblieben ist. Eine Beschränkung der nach der Untersuchungsmaxime bestehenden Aufklärungspflichten wird durch die Beweislastnormen - wer die Feststellungslast auch immer trägt, die Verwaltung oder der Bürger - nicht herbeigeführt. Vielmehr gebietet die Untersuchungsmaxime umgekehrt, alle Ungewißheiten möglichst auszuschließen, den Sachverhalt völlig aufzuklären und es zu keiner Beweislastentscheidung kommen zu lassen, die letztlich nur als "Notlösung" wegen der Ent-

---

195) Hierzu und zur Frage von Durchbrechungen s.o.S.63ff.

196) Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 40, 172; vgl. auch BVerfGE 9, S. 256 (257); zur Untersuchungsmaxime allgemein vgl. nur Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn. 3), § 86 Rdn. 1, 3; Redeker/von Oertzen, a.a.O. (Fn. 3), § 86 Bem. 7.

scheidungspflicht des Gerichts besteht und potentielles "Unrecht" bedeutet[197]. Dabei wird andererseits nicht verkannt, daß der Intensität und der Erforderlichkeit einer allumfassenden, das non-liquet überwindenden Sachverhaltsaufklärung durch das Gericht von der Rechtsprechung praktiziert und vom Schrifttum überwiegend anerkannt durchaus Grenzen gesetzt sind, die sich vor allem aus den Mitwirkungspflichten[198] der Parteien an der Sachverhaltsaufklärung ergeben. So findet nach Ansicht des BVerwG die Verpflichtung des Gerichts zur Erforschung des Sachverhalts dort seine Grenze, wo die Mitwirkungspflicht der Beteiligten beginnt[199]. Dies entspricht auch der überwiegenden Meinung des Schrifttums[200]. Ferner findet sich in der Rechtsprechung häufig der Satz, daß eine weitere Sachaufklärung nur erforderlich sei, wenn sich dies aus dem bisherigen Verhandlungsergebnis geradezu aufdränge[201]. Daher besteht die Gefahr, daß sich durch eine Einschränkung

---

197) Besonders deutlich z.B. BVerwGE 7, S. 242 (248) im Falle der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen.

198) Siehe bereits oben S. 64 ff.

199) Vgl. nur BVerwG NJW 1959, S. 2134 (LS); NJW 1964, S. 786 (787); BVerwGE 9, S. 97 (99 f.); 16, S. 241 (245); 26, S. 30 (31); DöV 1963, S. 886; DöV 1966, S. 249; OVG Münster, OVGE 16, S. 293. Zum Kartellrecht vgl. bereits S. 64 Fn. 142.

200) Vgl. Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn. 3), § 86 Rdn. 3; Redeker/von Oertzen, a.a.O. (Fn. 3), § 86 Bem. 10ff.; Redeker K., a.a.O. (Fn. 148), NJW 1966, S. 1778. Dagegen äußern sich zu Einschränkungen der Untersuchungsmaxime sehr kritisch Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 51 ff.; Tietgen W., a.a.O. (Fn. 7), S. 29 f.; Bettermann K.A., a.a.O. (Fn. 7), S. E 33 f.; Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 49 ff.

201) Z.B. BVerwGE 16, S. 241 (244 f.); 31, S. 149 (156); 39, S. 36 (38); BSG NJW 1979, S. 1519.

der Untersuchungsmaxime das Ungewißheitsrisiko erhöht und sich dadurch der Anwendungsbereich der Beweislastnormen erweitert. Je weniger der Sachverhalt aufgeklärt wird, desto eher kommt es zu einem non-liquet. Insofern besteht durchaus eine Wechselwirkung zwischen Beweislastentscheidung und Sachverhaltsaufklärung. Die sich hier stellende Problematik betrifft aber in erster Linie die Frage nach den Grenzen der Intensität und der Untersuchungsmaxime, auf die die Beweislastnormen keinen Einfluß haben. Wenn die Durchsetzung einer Rechtsposition mangels eines "Nachweises" oder mangels einer entsprechenden Feststellung im Prozeß scheitert und dies auf einer unzureichenden Sachverhaltsaufklärung des Gerichts, oder einer mangelnden Mitwirkung einer Partei beruht, ist hierfür nicht die Beweislastnorm verantwortlich, sondern gegebenenfalls eine unzulässige Handhabung der Untersuchungsmaxime durch das Gericht oder eine Nachlässigkeit der Partei. Festzuhalten bleibt, daß die Untersuchungsmaxime selbst durch die Beweislastnormen nicht eingeschränkt wird.

6. Zur Abgrenzung zwischen Tatfrage und Rechtsfrage

Aus der Funktion und Wirkweise der Beweislastnormen, dem Richter auch dann eine Entscheidung zu ermöglichen, wenn er bei einer entscheidungserheblichen Tatsachenfrage nicht zur Gewißheit gelangt, ob das entsprechende Tatbestandsmerkmal verwirklicht ist oder nicht, wird gefolgert, daß das Beweislastproblem seine Stelle allein im Untersatz des richterlichen Syllogismus hat[202]. Hieraus ergibt sich der

---

202) Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 8 ff.; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 64 ff.; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 21.

Anwendungsbereich der Beweislastnormen. Der Richter benötigt nur bei Ungewißheiten über die sogenannte "Tatfrage" eine Anweisung dahingehend, bei seiner Entscheidung so zu verfahren, als ob das betreffende Tatbestandsmerkmal erfüllt ist oder nicht[203].

Demgegenüber kann ein so definiertes und allgemein so verstandenes Beweislast-Problem nicht bei der sogenannten "Rechtsfrage" auftreten. Hierunter ist die Auslegung, Konkretisierung und Ausfüllung von Rechtsbegriffen zu verstehen, die bei der Festlegung des Obersatzes im richterlichen Syllogismus bestimmen, was allgemein und abstrakt rechtens ist. Zur Entscheidung der Rechtsfrage genügen allein die materiellen Rechtssätze in der ihnen von Wissenschaft und Rechtsprechung gegebenen oder zu gebenden Auslegung. Der Schluß von feststehenden Tatsachen auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Subsumtion unter einen Rechtsbegriff ist alleinige, durch Denktätigkeit zu bewältigende Aufgabe des Richters. Selbstverständlich können aber auch hier Zweifel über die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes oder eines Rechtsbegriffes auftreten und Unsicherheiten dahingehend bestehen, ob ein bestimmter Rechtsbegriff in dieser oder jener Weise auszulegen ist. Daher ist es falsch anzunehmen, es gebe nur Ungewißheiten im Bereich des Tatsächlichen. Vielmehr bestehen diese auch bei Fragen der Rechtsgewinnung, der Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe[204].

---

203) Allgmein zum richterlichen Syllogismus Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 5 ff.; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 798; Larenz K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969, S. 255 ff.; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 1 ff.

204) Vgl. insoweit nur die Regelung über den Vergleichsvertrag im öffentlichen Recht gem. § 55 VwVfG, wo die Unsicherheit über die Rechtslage geradezu zur Voraussetzung gemacht worden ist, z.B. BVerwG, DÖV 1978, S. 611; Kopp F.O., Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., München 1980, § 55 Rdn. 1 ff.

Diese Ungewißheiten und Zweifel hat der Richter aber durch die ihm übertragene Aufgabe der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung zu überwinden. Er muß das objektive Recht erkennen und auf den von ihm festgestellten Sachverhalt anwenden[205]. Daraus folgt, daß die Bereiche der Rechtsfrage und die der Tatfrage auseinandergehalten werden müssen. Insbesondere darf der Richter nicht Unklarheiten über Rechtsbegriffe oder die Auslegung der anzuwendenden Rechtsnorm durch ein Ausweichen in die Beweislastfrage umgehen[206].

Es gibt allerdings auch Berührungspunkte und Wechselwirkungen zwischen den ansonsten theoretisch klar abgrenzbaren Bereichen der Tatfrage und der Rechtsfrage. Diese lassen erkennen, daß in bestimmten Fällen eine exakte Trennung nicht streng durchgehalten werden kann und dies in der Praxis auch nicht gemacht wird[207]. In diesem Zusammenhang soll auf die umfangreiche und in der Rechtswissenschaft bis heute erörterte Wechselwirkung zwischen Sachverhaltsfestellung, Auslegung, Konkretisierung und Subsumtion nicht im Einzelnen

---

205) Dies kommt in dem Satz "ius novit curia" zum Ausdruck.

206) Auf diese nicht selten anzutreffende, oft unbewußt erfolgende gegenteilige Praxis weist schon Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 9 ff. mit zahlreichen Beispielen hin. Z.B. für die Preisbindung der zweiten Hand: Lukes R., a.a.O. (Fn. 7), ZZP (1962), S. 82; für die Mißbrauchsaufsicht: Baur F.J., a.a.O. (Fn. 29), BB 1973, S. 91; für das Atomrecht: Mahlmann W., a.a.O. (Fn. 184), S. 269, 283.

207) Zur Problematik der Unterscheidung zwischen der Tat- und Rechtsfrage vgl. allgemein z.B. Esser J., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970, S. 56; Engsich K., Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 83 ff.; Larenz K., a.a.O. (Fn. 203), S. 294; Henke H.-E., Die Tatfrage - Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin 1966, S. 147 ff., 172 ff.; Hoppe W., Gerichtliche Kontrolle bei komplexen Verwaltungsentscheidungen, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, München 1978, S. 195 (305).

eingegangen werden. Von besonderer praktischer Bedeutung ist diese Wechselwirkung bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe. So kann der Gesetzgeber beipsielsweise an tatsächliche, nicht von vornherein feststehendes, sondern erst im konkreten Fall festzustellende Sachverhalte anknüpfen und auf außerpositive Maßstäbe verweisen wie z.B. auf die "Verkehrssitte" in §§ 157, 242 BGB und 346 HGB oder die "guten Sitten" in §§ 138 BGB und 1 UWG. Er kann es auch dabei belassen, lediglich in Generalklauseln seine Ziel- und Wertvorstellungen anzugeben, wie z.B. bei der "Kündigung aus wichtigem Grund" in § 626 BGB oder der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB. Die Eigenart dieser Tatbestände oder einzelner Tatbestandsmerkmale liegt darin, daß der Gesetzesanwender letztlich selbst die erforderliche Konkretisierung vornehmen und die Feststellung treffen muß, ob rechtlich wie tatsächlich die Voraussetzungen für die Subsumtion gegeben sind. Dabei ist er häufig auch hinsichtlich der "rechtlichen" Kriterien auf die Feststellung tatsächlicher Sachverhalte angewiesen[208]. Dann wirkt sich aber auch in diesem Bereich die Ungewißheitsproblematik aus. So ist denn allgemein anerkannt, daß bei der Verweisung in einer Rechtsnorm auf außerrechtliche Bereiche Beweise auch über außerrechtliche, die Norm konkretisierende Tatsachen erhoben werden können und müssen[209]. Es gibt also auch in diesem Bereich "Beweislastentscheidungen. Dies wird deutlich, wenn es beispielsweise darum geht, das Bestehen eines Handelsbrauchs gem. § 346 HGB oder im technischen Sicherheitsrecht[210] das Bestehen eines be-

---

208) Zur Konkretisierung allgemein vgl. Esser J., a.a.O. (Fn. 207), S. 57; Larenz K., a.a.O. (Fn. 203), S. 273 f., 179 f.; zur besonderen Problematik der Konkretisierung im technischen Sicherheitsrecht und Atomrecht vor allem Lukes R., a.a.O. (Fn. 102), RTW-Bd. 22, S. 81 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 77 f. u. RTW-Bd. 20, S. 64 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 11), S. 28, 31 ff.; im übrigen siehe bereits oben S. 38 f.

209) Vgl. nur Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 772.

210) Zur Konkretisierungsproblematik umfassend unten S. 280 ff.

stimmten Sicherheitsstandards, wie er in den speziellen "technischen" Generalklauseln in Form der "allgemein anerkannten Regeln der Technik"[211] oder der "Baukunst"[212], des "Standes der Technik"[213] oder des "Standes von Wissenschaft und Technik"[214] umschrieben wird, festzustellen. In einem Rechtsstreit geht es dann z.B. darum, die Frage zu beantworten, ob die zu beurteilende Beschaffenheit einer Anlage oder eines Gerätes diesen unbestimmten Sicherheitsanforderungen entspricht. Auch in diesem Fall kann sich ein non-liquet ergeben, so daß nach Beweislastnormen entschieden werden muß.

Eine besondere Beweislast-Problematik besteht auch bei sonstigen unbestimmten Rechtsbegriffen, bei denen nicht auf außerrechtliche, tatsächliche Sachverhalte verwiesen wird, sondern bei denen durch Auslegung, Wertung und Vergleich mit dem zu entscheidenden Fall untersucht wird, ob der Sachverhalt unter die Norm fällt. In einem solchen Fall wird die Frage nach der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals nicht durch konkrete Tatsachen beantwortet. Es ist vielmehr der durch den Rechtsanwender vorzunehmende wertende Schluß, ob das Tatbestandsmerkmal verwirklicht ist. Dieser wertende Schluß liegt zwar auf der Rechtsebene, seine Rückwirkung auf die Tatsachenebene und damit auf das Beweislastproblem ist aber dadurch

---

211) Z.B. § 330 Abs. 1 StGB, § 7 a Abs. 1 WHG; § 3 Abs. 1 GtA, § 2 Abs. 1 S. 3 HaftpflG; Verordnungen zu § 24 GewO, vgl. hierzu Bakcherms J., Das DIN Deutsches Institut für Normung e.V. als Beliehener, S. 3 Fn. 15 m.w.N., Köln/Berlin/Bonn/München 1978.

212) So allgemein die Bauordnungen der Länder, vgl. z.B. § 3 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 BauO NW (i.d.F. der Bekanntmachung der Neufassung vom 27.01.1970, GV NW S. 96).

213) Z.B. §§ 5 Nr. 2; 14 S. 2; 17 Abs. 2 Nr. 2; 22 Abs. 1 Nr. 1, 2 BImSchG; 21 Abs. 1 PBefG; § 4 BBahnG; § 22 Abs. 1 Nr. 4 LuftVG.

gegeben, daß mindestens die Tatsachen feststehen müssen, die das Gericht für den wertenden Schluß braucht. Dieser Schluß kann dann dadurch "widerlegt" werden, daß weitere Einzeltatsachen festgestellt werden, die den ersten Schluß falsifizieren oder zumindest in Zweifel ziehen. Ein Beispiel hierfür ist die schon dargestellte Frage aus dem Bereich des Beamtenrechts, ob ein Beamtenanwärter die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten[215]. Nach der Rechtsprechung des BVerwG trägt die Verwaltung die Feststellungslast für die Tatsachen, die zu Zweifeln an der "Verfassungstreue" Anlaß geben. Der Anwärter trägt dann die Feststellungslast hinsichtlich weiterer Tatsachen, die diese Zweifel als ungerechtfertigt erscheinen lassen[216]. Es ist Sache des Gesetzgebers, ob er es bei unbestimmten Rechtsbegriffen beläßt oder selber mehr oder weniger detaillierte Regelungen vornimmt. Dabei darf die Frage nach der Rechtssicherheit nicht unterschätzt werden. So kommt gerade im technischen Sicherheitsrecht und im Recht der genehmigungsbedürftigen Anlagen der Frage der Konkretisierung der Sicherheitsanforderungen und des Nachweises der Einhaltung der geforderten Sicherheitsstandards eine besondere Bedeutung zu[217]. Die Beweislastverteilung und insbesondere die Belastung der Unternehmen mit der Fest-

---

214) §§ 4 Abs. 1 Nr. 3; 5 Abs. 1 S. 2; 6 Abs. 2 Nr. 2; 7 Abs. 2 Nr. 3; 9 Abs. 3 Nr. 3 AtG.

215) S.o.S. 36 ff.

216) BVerwGE, NJW 1975, S. 1135 (1139).

217) Vgl. hierzu bereits oben S. 38 f.; Lukes R., a.a.O. (Fn. 102) RTW-Bd. 22, S. 81 ff.; dens. a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 77 f.

stellungslast dürfte hierbei aber nur ein Problem sein. Wichtiger ist vielleicht die Konkretisierung und die Festlegung der erforderlichen Sicherheits- und Beschaffenheitsanforderungen. Während die Unternehmen regelmäßig bereit und in der Lage sind, den geforderten Anforderungen zu genügen, wenn diese nur feststehen - dies hat die Erfahrung der Genehmigungsverfahren, einschließlich der Nachrüstungsanordnungen durch die Genehmigungsbehörden, und der Gerichtsverfahren, in denen zusätzliche Anforderungen gestellt wurden, gelehrt - schützt keine Beweislastnorm[218] die Unternehmen davor, daß die Genehmigungsbehörde oder die Verwaltungsgericht unvorhersehbare, übersteigerte oder kaum zu erfüllende Sicherheitsanforderungen stellen[219]. Dem kann nur mit einer Konkretisierung auf der Rechtsebene, gegebenenfalls in Form einer "Vermutungsregelung" entgegengewirkt werden[220].

III. Die außerprozessualen Auswirkungen der Beweislastnormen

Die Bedeutung der Beweislastnormen ist mit ihrer auf das Gerichtsverfahren bezogenen Funktion und Wirkweise, eine Entscheidung im Fall eines "non liquet" zu ermöglichen, bei weitem nicht erschöpft. Die durch sie angeordnete Beweislastentscheidung ergreift vielmehr darüber hinaus auch das einem gerichtlichen Verfahren vorausgehende Verhalten der Parteien

---

218) Von einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung zunächst abgesehen, hierzu s.u.S. 280 ff.

219) Vgl. nur die Beispiele bei Lukes R., a.a.O. (Fn. 102), S. 39.

220) Siehe hierzu bereits oben S. 39 m.w.N; ferner siehe unten S. 280 ff. ausführlich.

bzw. der Rechtsunterworfenen allgemein. Dies gilt für alle Rechtsbereiche und kommt insbesondere auch dann zum Tragen, wenn sich Staat und Bürger in öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen gegenüberstehen.

1. Der Einfluß auf die Rechtswirklichkeit

Die außerprozessuale Bedeutung der Beweislastnormen ergibt sich als Reflex der prozessualen Auswirkungen. Die Inanspruchnahme einer Rechtsposition hängt nicht zuletzt von deren Durchsetzbarkeit in einem möglichen Prozeß ab, bei der die Frage der Beweislastverteilung eine entscheidende Rolle spielt. Dies gilt für die Geltendmachung eigener Ansprüche gegenüber Dritten ebenso wie für die Abwehr gegenüber Ansprüchen Dritter. Je größer das durch die Beweislastnormen bestimmte Prozeßrisiko ist, desto mehr wird die jeweilige Rechtsposition in der Rechtswirklichkeit gehemmt. Die Rückwirkung der Beweislastnormen auf die Abschätzung des Prozeßrisikos und damit die Inanspruchnahme einer Rechtsposition auch außerprozessual wird am besten durch die alte Anwaltserfahrung umschrieben, daß die "Beweislast" den halben Verlust eines Prozesses bedeute. Der mit der Feststellungslast Belastete wird daher in Ermangelung von Beweismöglichkeiten oder, weil ihm das Risiko eines Prozesses zu größ erscheint, von der Geltendmachung seiner Rechte regelmäßig selbst dann absehen, wenn ihm diese tatsächlich zustehen. Entsprechend wird er sich Ansprüchen Dritter gegenüber beugen, obwohl diese tatsächlich nicht bestehen. Auf der anderen Seite ist der von einer Beweislastregelung Begünstigte wiederum eher in der Lage, seine berechtigten Ansprüche durchzusetzen und sich gegenüber unberechtigten Forderungen zur Wehr zu setzen. Daß die Parteien ihr außerprozessuales Verhalten an der Beweisbarkeit der Rechte ausrichten, ist nur allzu verständlich. Dies zeigt ferner, daß der Gesetzgeber mit Hilfe der Regelung der Beweislast auf die Durchsetzbarkeit materieller Rechte einwirken kann. Auch in der Rechtsprechung zeigt sich dies bei der Produkt-

haftung, zu deren Verständnis und Bedeutung die Ausgestaltung auch der Beweis- und Beweislastfragen gehört. Die entscheidenden Veränderungen bei der Produkthaftung sind in neuerer Zeit nicht durch materielle Regelungen, d.h. durch eine Veränderung der Haftungsnormen, erfolgt, sondern durch die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Beweisanforderungen und der Beweislastverteilung[221]. Dadurch wurde die Produkthaftung praktisch verschärft. Im übrigen ist es für das Haftungsrecht typisch, daß der Gesetzgeber zwar einerseits an der Erhaltung des Verschuldensprinzips festhält, im Interesse einer effektiven Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen dieses Prinzip aber durch Beweislastregelungen mildert, indem er dem Anspruchsgegner den Nachweis auferlegt, daß er nicht schuldhaft gehandelt habe, wie es z.B. in den §§ 282, 831, 833 S. 2, 834 und 836 BGB geschehen ist. Diese Beweislastregelungen wurden deshalb für erforderlich gehalten, weil der Nachweis des Verschuldens besonders schwer zu führen ist und bei einer anderen Beweislastverteilung in der Praxis eine weitgehende Haftungsfreiheit eintreten würde. Andererseits sollte haftungsrechtlich ein zwischen einem reinen Verschuldensprinzip und einer Gefährdungshaftung stehender

---

221) Hierzu vor allem Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 48 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Lit. u. Rspr.; vor allem die grundlegenden Entscheidungen BGHZ 51, S. 91 (Hühnerpest); BGH WM 1970, S. 1418; BGH WM 1972, S. 106; BGH WM 1973, S. 994 = NJW 1973, S. 1602 (Feuerwerkskörper); BGH WM 1975, S. 758 (Spannkupplungen); BGH WM 1977, S. 79 (81) (Schwimmschalter); BGH VersR 1971, S. 80 (Bremsen); BGH VersR 1972, S. 149 (Förderanlage); BGH NJW 1972, S. 252 (Futtermittel); BGH NJW 1972, S. 2300 (Wasserversorgung).

Mittelweg beschritten werden.

Festzuhalten bleibt, daß bei der Beurteilung von Beweislastnormen nicht nur deren prozessuale Wirkungen, sondern auch die dadurch bedingten mittelbaren, außerprozessualen Folgen für die praktische Verwirklichung von Rechtspositionen zu beachten sind. Durch eine bestimmte Regelung der Beweislast können auf diese Art materiell-rechtliche Normen de facto nicht unerheblich modifiziert, ja sogar bis zur praktischen Wirkungslosigkeit ausgehöhlt werden. Dies gilt nicht nur für privatrechtliche, sondern auch für öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen. Hierauf soll im Folgenden eingegangen werden.

2. Die Bedeutung für die Verwaltungsentscheidung

Einen besonderen Bereich der außerprozessualen Auswirkung der Beweislastnormen stellen die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Bürger dar. Dabei ergibt sich die Besonderheit schon daraus, daß im Verwaltungsrecht das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in aller Regel nicht das erste Stadium ist, in dem es zu einer hoheitlichen Rechtsanwendung kommt. Diesem ist zumeist ein Verwaltungsverfahren, oft auch ein weiteres Widerspruchsverfahren vorgeschaltet. Die Verwaltungsbehörde hat im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Entscheidung über die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen ihr vorliegenden bzw. von ihr aufzuklärenden Sachverhalt zu treffen. Der auch sie insofern grundsätzlich treffenden Entscheidungspflicht[222] darf sie sich nicht - auch nicht bei bestehenden Unsicherheiten

222) Die Entscheidungspflicht betonen besonders Deppe G., a.a.O. (Fn. 7), S. 111; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 202; v.Pestalozza Ch., a.a.O. (Fn. 152), S. 195. Dabei ist die Entscheidungspflicht natürlich dadurch bedingt, daß die Verwaltung überhaupt mit der Sache beschäftigt ist. Insoweit kann der Beginn und die Fortdauer eines Verwaltungsverfahrens von bestimmten Voraussetzungen wie z.B. einem Antrag oder einer ordnungsgemäßen Anzeige abhängen.

im Tatsächlichen - entziehen. Daher gibt es auch im Verwaltungsverfahren Beweislastentscheidungen, die sich nach dem Verwaltungsprozeß richten[223]. Dies ergibt sich daraus, daß die Verwaltungsbehörde nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung an die gesetzliche Regelung für den Fall des Feststehens der entscheidungserheblichen Tatsachen ebenso gebunden ist wie für den Fall des non-liquet. Wenn man die Beweislastnormen im Verwaltungsrecht nicht zugleich auch als Entscheidungsnormen für die Verwaltung ansehen will, so ist zumindest eine analoge Anwendung angebracht.

Es sollen allerdings die für die Tragweite und die praktische Bedeutung der Beweislastnormen im Verwaltungsverfahren wichtigen Unterschiede zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Verfahren nicht verkannt werden. Es würde zu weit führen, alle Unterschiede zwischen einer verwaltungsgerichtlichen

---

223) Badura P., in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Berlin/New York 1981, S. 325; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 280; Deppe G., a.a.O. (Fn. 7), S. 104, 112 ff.; Hoppe W., a.a.O. (Fn. 85), S. 143; Knack H.-J., Das Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1982, § 24 Bem. 4; Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 204), § 24 Rdn. 24 ff.; Meyer/Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt 1982, § 24 Bem. 2; Stehlkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1983, § 24 Bem. 16; Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 143 f.; Weides P., Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 2. Aufl., München 1981, S. 97 302; Wolff/Bachof, Bd. III, 4. Aufl., München/Berlin 1978, § 156 IV c 2, Rdn. 36; kritisch: Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 278 ff.; Martens J., Einführung in die Praxis des Verwaltungsverfahrens, JuS 1978, S. 247 ff.; v. Pestalozza Ch., a.a.O. (Fn. 152), S. 196 ff., die andere "Abfangtechniken" zur Überwindung eines non-liquet im Verwaltungsverfahren befürworten.

und einer verwaltungsverfahrensrechtlichen Entscheidung darzustellen. Es soll aber auf einige für die Bedeutung der Beweislastentscheidung im Verwaltungsverfahren mitbestimmende Faktoren hingewiesen werden, die im allgemeinen zu wenig beachtet werden, wenn pauschal auf die Geltung von Beweislastnormen im Verwaltungsverfahren verwiesen wird. Wie schon festgestellt[224], hängen Anwendungsbereich und Bedeutung der Beweislastnormen von der Höhe des geforderten Überzeugungsgrades und der individuellen Überzeugtheit des Rechtsanwenders ab. Ein der richterlichen Überzeugung entsprechendes Beweismaß läßt sich aber den Verwaltungsverfahrensgesetzen kaum entnehmen[225]. Allein die Anerkennung der "Freiheit der Beweiswürdigung" der Verwaltung sagt noch nichts über das erforderliche Beweismaß. Auch die vielen Sozialgesetze enthalten meist weder den Begriff der "Überzeugung" noch die Festsetzung der Höhe der Beweisanforderungen[226]. Dabei ist zu bedenken, daß die rechtlichen Einzelheiten und Streitfragen über die Höhe des erforderlichen Beweismaßes oder die "richtige" Beweislastverteilung im Verwaltungsrecht entsprechend

---

224) S.o.S. 79 ff.

225) Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 272, 276; Kopp F.O., Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971, S. 222; Martens J., a.a.O. (Fn. 223), JuS 1978, S. 250; Pestalozza Ch., a.a.O. (Fn. 152), S. 197, 201; Schmitz H.-T., Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Erstes Deutsches Atomrechtssymposium, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 1, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, S. 301 (302); in diese Richtung fügt sich ein, daß allgemein eine "gleitende Skala" der erforderlichen "Wahrscheinlichkeitsgrade" im Polizei- und Ordnungsrecht angenommen wird, vgl. z.B. Hoffmann-Riem W., „Anscheinsgefahr" und „Anscheinsverursachung" im Polizeirecht, in: Festschrift für Gerhard Wacke, Köln 1972, S. 327 (333); BVerwGE 47, S. 31 (40); 49, S. 1 (6); BVerwG NJW 1975, S. 2258 (2259); eine Anlehnung an das Prozeßrecht findet sich bei Kopp F.O., a.a.O. (Fn.204), § 24 Rdn. 22; Ule/Laubinger, a.a.O. (Fn.223), S. 142; Stehlkens/Bonk/Leonhardt, a.a.O. (Fn.223), § 24 Rdn. 4, 5.

226) Vgl. die Beispiele bei Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 272.

den Beweislastnormen dem einzelnen zur Entscheidung berufenen Amtswalter kaum bekannt sein dürften. Er wird regelmäßig je nach Fallgestaltung, Bedeutung des Falles und Eingriffsintensität nach einer mehr oder weniger überwiegenden Wahrscheinlichkeit handeln[227]. Zudem wird die "freie" Beweiswürdigung oft durch Verwaltungsvorschriften eingeschränkt, die über eine reine Ermessensbindung[228] hinaus unter bestimmten Voraussetzungen oder für bestimmte Fallgruppen die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm vorschreiben können. Dies ist z.B. bei § 3 der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum GtA[229] der Fall[230]. Entsprechendes gilt für die Immissionsgrenzwerte der TA Luft[231] und die allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu den Verordnungen nach § 24 Abs. 5 GewO[232]. Überdies wird in der Verwaltung bei Massenvorgängen oder häufig wiederkehrenden Sachverhalten regelmäßig nach bestehenden Verwaltungsgrundsätzen und -praktiken oder einer "typisierenden Betrachtungsweise" entschieden, ohne daß dann überhaupt die Situation eines non-liquet

---

227) Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 276 f.

228) Vgl. hierzu Lukes R., Die zukünftige Entwicklung des Kernenergierechts, NJW 1973, S. 1209 (1215).

229) Allgemeine Verwaltungsvorschriften zum Gesetz über technische Arbeitsmittel (GtA) vom 27.10.1970 (BAnz. Nr. 205 v. 3.11.1970), geändert durch Allgemeine Verwaltungsvorschrift vom 11.6.1979 (BAnz. Nr. 103 v. 13.6.1979). Gesetz über technische Arbeitsmittel (Gerätesicherheitsgesetz) vom 26.6.1968 (BGBl. I. S. 717), zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung des Gesetzes über technische Arbeitsmittel und der Gewerbeordnung vom 13.8.1979 (BGBl. I. S. 1932).

230) Vgl. hierzu näher Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 78 ff.; Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 73 ff. m.w.N.

231) Vgl. hierzu oben Fn. 107; vor allem BVerwG DVBl. 1978, S. 591 (594).

232) Hierzu näher Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 61 m.w.N.

akut wird[233]. Ferner ist die Verwaltung von Aufgabe und Funktion her weniger dazu bestimmt als "unbefangener Dritter" wie ein Gericht reine Rechtmäßigkeitsentscheidungen in einem kontradiktorischen Verfahren zu fällen, als vielmehr bestimmte Verwaltungsziele zu verwirklichen, denen sie sich auch unterhalb der Schwelle des richterlichen Überzeugungsgrades verpflichtet fühlen wird. Verbleibende Zweifel - falls sich die Verwaltung dieser überhaupt bewußt wird - treten dann in aller Regel auch nicht nach außen in Erscheinung. Es wird eine Entscheidung und keine Beweislastentscheidung gefällt. Darüberhinaus bedient sich die Verwaltung oft auch unterschiedlicher Möglichkeiten, einer Beweislastentscheidung auszuweichen[234]. Zu nennen sind insbesondere die Möglichkeit zum Abschluß von Vergleichsverträgen gem. § 55 VwVfG[235], die gerade eine tatsächliche oder rechtliche Ungewißheit voraussetzen, die Hinzufügung von Nebenbestimmungen[236], das Nichteinschreiten bei der Abgabe von

---

233) Hierzu z.B. Isensee J., Die typisierende Verwaltung, Berlin 1976, S. 27 ff.; Pestalozza Ch., a.a.O. (Fn.152), S. 188 f.; Kollhosser H., Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP 165 (1965), S. 46 (54).

234) Zum folgenden vor allem die Beispiele bei Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 296 ff. m.w.N.

235) Vgl. hierzu nur Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 204), § 55 Rdn. 5 ff. 9.

236) Vgl. hierzu nur Adler H.P., Nachträgliche Anforderungen an Gewerbebetriebe, Berlin 1970, S. 49 ff., 58 ff., 74 ff.; Holland J., Auflagen der Kartellbehörden zu Rationalisierungskartellen, Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, Industrierecht, Bd. 17, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 15 f.; Schmieder K., a.a.O. (Fn.181), S. 13 ff., 60 ff. für den Bereich des Atomrechts.

Zusagen durch die Verfahrensbeteiligten[237] oder der Erlaß von Teil- bzw. Vorentscheidungen[238], die das Verfahren im Ganzen wegen der (noch) bestehenden Ungewißheiten nicht abschließen. Letztlich können auch die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Verwaltungsebene und das Bestehen eines Ermessensspielraumes tendentiell zu einer Verringerung der Beweislastentscheidungen beitragen, da hierdurch bestehende Ungewißheiten abgefangen werden können[239]. So verwundert es nicht, daß in Verwaltungsentscheidungen, insbesondere bei Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, kaum jemals die Ungewißheit so weit durchschlägt, daß es zu einer Beweislastentscheidung kommt oder dies jedenfalls in der Entscheidung nach außen zum Ausdruck gebracht wird[240].

Von diesen Besonderheiten abgesehen ist die Frage, wer letztlich das Risiko eines ungeklärten Sachverhaltes zu tragen hat, auch für die Verwaltungsentscheidung von nicht unerheblicher Bedeutung. Dies gilt sowohl für den Fall, daß der Bürger einen Anspruch gegenüber der Verwaltung geltend macht, als auch, daß die Verwaltung in seine Rechte eingreifen will. So

---

237) Vgl. zur Praxis des Bundeskartellamtes im Bereich der Fusionskontrolle besonders Traumann Ch.C., Die Zusage im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle, Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, Industrierecht, Bd. 20, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 14 ff.; vgl. auch BVerwG GewArch. 1978, S. 301 ff.

238) Zum Problem des Vorbescheides, der Teilgenehmigungen und des Umfangs der Bindungswirkung vgl. z.B. Blümel W., Die Standortvorsorgeplanung für Kernkraftwerke und andere umweltrelevante Großvorhaben in der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1977, S. 301 ff., 318 f.; Schmieder P., a.a.O. (Fn. 181), S. 135 f., 139 ff.; Schmidt-Assmann E., Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 569 ff. m.w.N.

239) Vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 298 f.

wird die Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Bürgers beschränkt, wenn er hierfür die Feststellungslast trägt, da die Verwaltungsbehörde seinem Begehren, ob es zu Recht gestellt wird oder nicht, nur dann stattzugeben braucht, wenn sie davon überzeugt ist. Dies führt dazu, daß der feststellungsbelastete Bürger in Fällen, in denen ihm das begehrte Recht zusteht, mangels Beweisbarkeit hiervon keinen Gebrauch macht oder von einer gerichtlichen Überprüfung der ablehnenden Verwaltungsentscheidung absieht. Die Durchsetzbarkeit tatsächlich bestehender Rechtspostionen wird durch das Beweislastrisiko erschwert. Würde umgekehrt in diesen Fällen die Verwaltung die Feststellungslast treffen, würde der Bürger die behauptete Rechtsposition bereits dann erfolgreich in Anspruch nehmen, wenn dies zweifelhaft bleibt und nur das Gegenteil nicht festgestellt werden kann.

Dies zeigt sich besonders deutlich im Rahmen der Eingriffsverwaltung, wenn die Verwaltung den Bürger belastende Maßnahmen durchsetzen will. Trägt - wie dies überwiegend der Fall ist[241] - die Verwaltung die Feststellungslast für die tatsächlichen Voraussetzungen einer Eingriffsnorm, wirkt sich dies im Ver-

---

240) Für die Fusionskontrolle vgl. z.B. Kaiser J.H., a.a.O. (Fn. 81), WuW 1978, S. 346 Fn. 12;, für das atomrechtliche Genehmigungsverfahren vgl. Mahlmann W., a.a.O. (Fn.181), S. 283; zur Funktion des Ermessens hierbei vgl. Kopp F.O., a.a.O. (Fn.204) § 24 Rdn. 2; BVerfGE 9, S. 167 (171 f.); BVerfG NJW 1978, S. 2143 (2144).

241) S.o.S. 77.

waltungsrecht dahingehend aus, daß sie nur dann eingreifen darf, wenn sie diese Voraussetzungen nachweisen kann. In vielen Fällen - von Sachgebiet zu Sachgebiet in unterschiedlichem Maße - wird sie zudem damit rechnen müssen, daß ihre Verwaltungsentscheidung angegriffen wird. Dann müssen die tatsächlichen Voraussetzungen - unabhängig von dem bei der Verwaltungsentscheidung zu fordernden Überzeugungsgrad[242]) - letztlich auch "gerichtsfest" nachgewiesen werden können. Dies schränkt auf der einen Seite zwar die "Effektivität" der Verwaltung insofern ein, als die Verwaltungsziele an der "Beweisnot" scheitern und die vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge auch in den Fällen, in denen die Voraussetzungen zwar tatsächlich erfüllt sind, aber nicht bewiesen werden können, nicht zur Anwendung kommt. Andererseits wird hierdurch der Bürger davor geschützt, daß in seine Rechte zu Unrecht eingegriffen wird. Die Beweislastverteilung zeigt gerade in diesem Fall besonders deutlich, wie durch sie das Verhältnis zwischen Staat und Bürger geprägt wird. Im umgekehrten Fall könnte die Verwaltung auch dann eingreifen, wenn es fraglich ist, ob die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sind und nur das Gegenteil nicht festgestellt werden kann. Der Bürger würde in vielen Fällen unberechtigt in Anspruch genommen werden. Er müßte die Eingriffe in seine Rechte dulden, ohne daß er den gesetzlichen Tatbestand verwirklicht hat. Durch eine einfache "Umkehr der Beweislast" kann der Gesetzgeber so Eingriffsbefugnisse erheblich erweitern.

---

242) S.o.S. 97 f.

Dies ist insbesondere in den Bereichen von großer Bedeutung, in denen eine Sachverhaltsaufklärung besonders schwierig oder mit viel Zeit, Arbeit und Kosten verbunden ist und eine Entscheidung bei ungeklärtem Sachverhalt häufiger erforderlich wird[243].

Ferner bestimmt letztlich in der Verwaltungspraxis die Frage der Beweislastverteilung auch die Richtung und Intensität der Sachverhaltsaufklärung. Zwar ist bereits bei der Untersuchungsmaxime und den Beweislastnormen im Gerichtsverfahren festgestellt worden, daß die Untersuchungsmaxime durch Beweislastnormen nicht eingeschränkt wird[244]. Dies gilt dem Grunde nach auch für das Verwaltungsverfahren, da durch die Amtsermittlung im Sinne der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und zum Schutze des Bürgers vor ungerechtfertigten Eingriffen Verwaltungsentscheidungen nur nach einer möglichst umfassenden Sachverhaltsaufklärung getroffen werden sollen. Andererseits ist mit Recht auf die Unterschiede zwischen Verwaltungsprozeß und Verwaltungsverfahren hingewiesen worden, die sich auch auf die Art der Sachverhaltsaufklärung und des Einflusses der Beweislastnormen auf den Untersuchungsgrundsatz auswirken[245]. Umfang und Intensität der Sachverhaltsaufklärung sind im Verwaltungsverfahren im Vergleich zum Verwaltungsprozeß durchaus unterschiedlich, je nach dem, welches Sachge-

---

243) S.o.S. 45 ff.
244) S.o.S. 83 ff.
245) Vgl. bereits oben S. 96 ff.

biet betroffen ist, ob es sich um Massenverfahren oder Einzelverfahren handelt, ob ein schnelles Reagieren erforderlich ist, welche Kapazität, personelle und sachliche Mittel bestehen, ob schwierige, aufwendige Ermittlungen erforderlich werden und nicht zuletzt wie bedeutend die Sache und gravierend die Rechtsfolgen sind[246]. Daraus wird verständlich, daß die Verwaltung im Sinne einer effektiven Durchsetzung der ihr aufgegebenen Verwaltungsziele dazu neigen wird, sich unter Einschränkung ihrer Ermittlungsarbeit, Schonung ihrer Mittel und anderweitigen Auslastung ihrer Kapazität auch eine ihr günstige Beweislastverteilung hierbei zunutze zu machen. Die Verwaltung wird einer Sachverhaltsaufklärung aus eigenem Interesse um so weniger Aufmerksamkeit schenken, als das durch eine mangelnde Aufklärungstätigkeit (mit-)verursachte non-liquet nicht "zu ihren Lasten" geht und sie auch in diesem Fall ihre vermeintlichen Verwaltungsziele durchsetzen kann. Würde hingegen die Verwaltung die Feststellungslast treffen, sähe sie sich jedenfalls eher gezwungen, jede Möglichkeit der Sachverhaltsaufklärung wahrzunehmen, um die tatsächlichen Voraussetzungen einer Rechtsnorm festzustellen, wenn sie diese anwenden will.

Die Auswirkung der Beweislastnormen auf das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsentscheidung zeigen mithin deutlich, daß die Beweislastnormen die Durchsetzbarkeit und somit die praktische Verwirk-

---

246) Dies hat besonders Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 263 ff. herausgearbeitet; vgl. dens., Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren, DV 1976, S. 161 (171 ff.).

lichung des jeweils anzuwendenden (Verwaltungs-)Rechts erheblich beeinflussen und hierdurch zugleich das Verhältnis zwischen Staat und Bürger mit beeinflussen, was bereits schon die verfassungsrechtliche Dimension der Beweislastverteilung erkennen läßt.

B. Die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen

I. Die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen als Beweislastsondernormen

Die Regelung der Beweislast liegt in der Hand des Gesetzgebers. Hierfür stehen ihm rechtstechnisch und sprachlich unterschiedliche Mittel zur Verfügung. So kann er ausdrücklich normieren, wen für ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal "die Beweislast trifft"[247], wem "der Beweis hierfür obliegt"[248] oder wer das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals "zu beweisen[249] nachzuweisen"[250] hat. Er kann aber auch für ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal eine gesetzliche widerlegliche Vermutung schaffen. Daß eine solche gesetzliche Vermutung widerleglich ist, ergibt sich aus § 292 ZPO[251]. Nach allgemeiner Meinung handelt es sich bei den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen um besondere Beweislastnormen[252].

---

247) Z.B. in §§542 III, 363 BGB.

248) Z.B. in § 2336 III BGB.

249) Z.B. in §§345, 358, 442 BGB.

250) Z.B. in § 179 I BGB,

251) Entsprechend anwendbar nach §§ 173 VwGO, 202 SGG, 155 FGO in anderen Verfahren.

252) Zu den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen vgl. ausführlich Musielak H.J., a.a.O. (Fn. 1), S. 60 ff. (71 f.) m.w.N. in Fn. 84 sowie 303. Ferner z.B. Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 216 f.; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 678; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 89 f.

Sie wenden sich ebenso wie die sonstigen Beweislastnormen an den Richter und weisen diesen an, im Falle eines non-liquet bei Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen[253] so zu entscheiden, als ob das "vermutete" Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Dies soll am Beispiel des § 1117 BGB erläutert werden. Nach § 1117 Abs. 1 S. 1 BGB erwirbt der Gläubiger die Hypothek, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Bleibt ungewiß, ob eine solche Übergabe erfolgt ist oder nicht, ist der Gläubiger aber im Besitz des Hypothekenbriefes, so wird der Richter durch die Vermutung nach § 1117 Abs. 3 BGB angewiesen, so zu entscheiden, als ob eine Übergabe erfolgt ist. Ist der Richter indes davon überzeugt, daß eine "Übergabe" durch den Eigentümer des Grundstückes stattgefunden hat (oder nicht), hat er dieses Beweisergebnis seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Die Vermutung des § 1117 Abs. 3 bleibt in diesen Fällen wirkungslos[254].

Die gesetzliche widerlegliche Vermutung ist gegenüber der ansonsten eingreifenden Beweislastnorm die speziellere Vorschrift, die die "einfache" Beweislastnorm verdrängt und eine ihr entgegengesetzte Anordnung trifft. Beim Zweifel an den tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Vermutungsbasis greift wiederum - wie auch sonst bei Ungewißheit über die tatsächliche

---

253) Die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen werden daher teilweise auch als "voraussetzungsgebundene "Beweislastnormen" bezeichnet; vgl. Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 203 ff.; Leipold D., a.a.O. (Fn. 1), S. 62.

254) Eine andere Frage ist es, ob der Richter nicht schon in vielen Fällen aus dem Umstand, daß der Gläubiger im Besitze des Briefes ist, in Verbindung mit der gesamten Beweis- und Verhandlungswürdigung eine dahingehende Überzeugung gewinnt, daß die Übergabe erfolgt ist, so daß es bei Vorliegen der Vermutungsvoraussetzung erst gar nicht zu einer non-liquet-Situation kommt.

Verwirklichung eines Rechtssatzes - eine Beweislastnorm ein, die zu einer Verneinung der Verwirklichung der Vermutungsvoraussetzungen führt, so daß die Vermutung nicht wirksam werden kann und es bei Anwendung der "einfachen" Beweislastnorm bleibt.

Da gesetzliche widerlegliche Vermutungen ("besondere") Beweislastnormen sind, sind sie auch in Verfahren mit Geltung der Untersuchungsmaxime, also insbesondere auch im Verwaltungsprozeß, anzuwenden. Sie stellen im öffentlichen Recht allgemein nichts Ungewöhnliches dar. Erinnert sei nur an die "klassischen" Beispiele der Rechtsvermutung der "Widmung kraft unvordenklicher Verjährung"[255] und der "Kommorientenvermutung" nach § 11 VerschG[256].

Darum ist es auch unzutreffend, daß sich der Untersuchungsgrundsatz einerseits und die Normierung einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung andererseits ausschlössen und letztere daher "anders" zu qualifizieren seien, wie dies teilweise zu den Vermutungen nach § 22 Abs. 3 GWB vertreten wurde[257]. Die Marktbeherrschungsvermutungen nach § 22 Abs. 3 GWB weisen somit - insofern in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und dem überwiegenden Schrifttum[258] - im Falle der Ungewißheit darüber, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist oder nicht, und bei Vorliegen der Vermutungsbasis, d.h. der entsprechenden Marktanteile, den Richter im Gegensatz zu der sonst eingreifenden "einfachen" Beweislastnorm an, so zu entscheiden, als ob das Unternehmen marktbeherrschend ist.

---

255) PrOVGE 68, S. 362 (369); OVG Münster, DÖV 1965, S. 539 Nr. 166.

256) Weitere Beispiele bei Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 80 ff.; Tietgen W., a.a.O. (Fn. 7), S. 53 ff.

257) So insbesondere Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 616 ff.; ferner Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, a.a.O. (Fn. 33), § 22, S. 200 n f.; Tessin C., a.a.O. (Fn. 33), AG 1973, S. 322; vgl. auch Ramrath St., a.a.O. (Fn. 37), S. 80.

258) Siehe hierzu oben S. 16 m.w.N.

Gerade um die bisherige Beweislastverteilung zu verändern, eine entgegengesetzte Regelung zu schaffen und den Kartellbehörden ein Eingreifen beim Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen zu ermöglichen, auch wenn Zweifel am Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung nicht auszuschließen waren, sind die Vermutungen eingeführt worden[259].

Demnach besteht das Wesen der gesetzlich widerleglichen Vermutungen darin, im Falle der Ungewißheit über das Bestehen der vermuteten Tatsache oder des vermuteten Rechts einzugreifen und aufgrund eines festgestellten Sachverhalts - der Vermutungsbasis -, der außerhalb des Tatbestandes liegt, auf den sich die Vermutung bezieht, dem Richter zum Zwecke der Rechtsanwendung vorzuschreiben, so zu entscheiden, als ob die vermutete Tatsache oder das vermutete Recht feststeht.

Daraus folgt, daß auch gesetzliche Bestimmungen als gesetzlich widerlegliche Vermutungen zu qualifizieren sind, die den Begriff "vermuten" im Tatbestand nicht enthalten, wie z.B. die §§ 363, 685 Abs. 2, 1213 Abs. 2 BGB. Andererseits sind gesetzliche Bestimmungen, die den Begriff enthalten, nicht als gesetzliche widerlegliche Vermutungen, sondern lediglich als "einfache" Beweislastsonderregeln anzusehen, wie z.B. die §§ 484, 1591 Abs. 2, 1600 m BGB.

Der Gesetzgeber hat mit dem Mittel der gesetzlichen widerleglichen Vermutung die Möglichkeit die Beweislastfrage differenzierter zu lösen, als dies durch eine "einfache" Beweislastnorm möglich ist. Letztere arbeitet nach dem "Alles-oder-Nichts"-Prinzip, während bei einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung die im Falle eines non-liquet angeordnete Rechtsfolge von dem Feststehen weiterer

259) S.o.S. 7 ff.

Voraussetzungen abhängig machen kann. Er begnügt sich also nicht allein damit, festzulegen, wie im Falle eines non-liquet zu entscheiden ist, sondern macht die jeweils mögliche positive oder negative Entscheidung von weiteren Voraussetzungen abhängig. Auf diese Weise kann die "Härte" einer Beweislastentscheidung vermieden werden. Trotz eines non-liquet soll dann die vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge zugesprochen werden, wenn jedenfalls die weiteren Tatsachen der Vermutungsbasis feststehen.

II. Die prozessualen Auswirkungen der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen

Bezüglich der prozessualen Auswirkungen der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen kann zunächst auf das zu den Auswirkungen der Beweislastnormen allgemein Gesagte Bezug genommen werden, da die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen ebenfalls Beweislastnormen sind[260]).
Es ergeben sich aber einige Besonderheiten, die der näheren Erläuterung bedürfen, zumal die prozessualen Auswirkungen oft zu oberflächlich und ungenau erörtert werden. Ferner lassen manche Ausführungen, so auch zu den Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB, ein falsches Verständnis von der Wirkweise der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen und deren Grenzen erkennen, was wiederum Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Beurteilung hat.

1. Zur Feststellungslast, Behauptungs- und Beweisführungslast

Als Beweislastnormen bestimmen die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen im Prozeß die Feststel-

---

260) S.o.S. 60 ff.

lungslast[261]. Da die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen-bei Feststehen der Vermutungsbasis-die Beweislastfrage genau entgegengesetzt entscheiden, als dies sonst der Fall wäre, kann man sprachlich verkürzt von einer "Umkehr" der Beweislast -besser der Feststellungslast[262] - sprechen[263]. Alle nachteiligen Wirkungen einer non-liquet- Entscheidung gehen-bei Vorliegen der Vermutungsbasis-von der ansonsten beweisbelasteten Partei auf die ansonsten nicht beweisbelastete Partei über. Die Aussage daß eine gesetzliche widerlegliche Vermutung eine "Umkehr" der Beweislast bewirkt, bedarf aber insofern der Korrektur, als diese "Umkehr" zur Voraussetzung hat, daß die Vermutungsbasis zunächst bewiesen sein muß. Ergibt sich für das Vorliegen der Vermutungsbasis eine non-liquet-Situation, so trägt diesbezüglich wiederum derjenige die Beweislast, dem die Vermutung zugute kommt[264].

Die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen wirken sich als weitere Folge in Verfahren mit Geltung der Verhandlungsmaxime, insbesondere also im Zivilprozeß, entsprechend auf die Behauptungs- und Beweisführungslast aus[265]. Die durch die Vermutung begünstigte Partei kann sich darauf beschränken die Voraussetzungen der Vermutungsbasis zu behaupten und gegebenenfalls hierfür Beweis anzutreten, während die Gegenpartei beim Feststehen der Vermutungsbasis, Tatsachen behaupten und gegebenenfalls hierfür Beweis antreten

---

261) S.o.S. 61 ff.

262) S.o.S. 78.

263) Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 217; Blomeyer A., a.a.O. (Fn. 134), S. 334.

264) Auch hierbei sind wiederum Modifikationen denkbar, wenn für ein Tatbestandsmerkmal der Vermutungsbasis wiederum eine Vermutung streitet.

265) Hierzu siehe bereits oben S. 62 ff.

muß, aus denen sich das Gegenteil der vermuteten Tatsache oder des vermuteten Rechts ergibt. Insofern ist es richtig, wenn aus Sicht der von der Vermutung begünstigten Partei davon gesprochen wird, daß die Vermutung zu einer "Verschiebung des Beweisthemas" und zu einer "Beweiserleichterung" führt, da das Vorliegen der Vermutungsbasis in der Regel leichter zu beweisen ist als das des vermuteten Tatbestandsmerkmals. Die "Widerlegung" der Vermutung ist dann Sache der anderen Partei. Der Begriff der "Widerleglichkeit" der Vermutung bedeutet aber nichts anderes, als daß die Vermutung als Beweislastnorm nicht zur Anwendung kommt, wenn der Richter vom Nichtvorliegen des betreffenden Tatbestandsmerkmals überzeugt ist, also keine non-liquet-Situation gegeben ist.

Verfahren nach der Untersuchungsmaxime sind derartige weitere Folgewirkungen mangels Bestehens einer Behauptungs- und Beweisführungslast[266] fremd. Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß allein mit der Normierung einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung keine partiellen Behauptungs- und Beweisführungspflichten eingeführt werden. Gesetzliche widerlegliche Vermutungen regeln "nur" das Problem der Beweislast in einer besonderen Weise und wirken sich ebenso wie "einfache" Beweislastnormen in den verschiedenen Verfahrensarten unterschiedlich aus. Ebensowenig wie die Normierung einer ausdrücklichen "einfachen" Beweislastnorm allein - auch wenn sie die bisherige Beweislastverteilung "umkehrt"- zu einer Verdrängung der Untersuchungsmaxime zugunsten einer partiellen Verhandlungsmaxime führt, ist dies bei einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung der Fall.

---

266) S.o.S. 62 ff. mit den dort angeführten Ergänzungen und Einschränkungen.

Die Regelung der Beweislast durch "einfache" Beweislastnormen oder gesetzliche widerlegliche Vermutungen und die Regelung der Frage, ob die Untersuchungs- oder die Verhandlungsmaxime gelten soll, gehören verschiedenen Bereichen an. Eine partielle Einführung der Verhandlungsmaxime erfolgt nicht durch widerlegliche Vermutungen, sondern bedarf anderer Regelungen, die teilweise in der Normierung von Nachweispflichten gesehen werden[267]. Beispielsweise ist für den Bereich des GWB auf die §§ 2 Abs. 3; 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und 3; 5 a Abs. 2; 24 Abs. 1 GWB und auf die im Zuge der Vierten Kartellgesetznovelle[268] eingeführten §§ 23 a Abs. 2[269] und 103 Abs. 5 Nr. 2 GWB[270] hinzuweisen.
Daher ist auch den im Rahmen der Diskussion um die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB[271] vertretenen

---

267) Hierzu siehe bereits oben S. 64 f.; insbesondere S. 67.; kritisch hierzu Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 42 ff.

268) S.o.S. 30, Fn. 80.

269) Vgl. Wolf D., a.a.O. (Fn. 81), WuW 1980, S. 472; Immenga U., a.a.O. (Fn. 81), NJW 1980, S. 1421; Bernotat W.,a a.a.O. (Fn. 81), WuW 1980, S. 715; vgl. auch BT-Drs. 8/3690, S. 27; zur Vierten Kartellgesetznovelle vgl. im übrigen das in Fn. 81 angegebene Schrifttum.

270) Zum Ausnahmebereich der Energieversorgungswirtschaft vgl. im übrigen Feuerborn A., Energieeinsparung im Rahmen der Neufassung der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über Elektrizitätsversorgungsunternehmen (§ 103 Abs. 5 GWB), ET 1981, S. 300 ff.; speziell zum Preis- und Konditionenmißbrauch vgl. bereits Lukes R., RTW-Bd. 13, a.a.O. (Fn. 21); dens., RTW-Bd. 15, a.a.O. (Fn. 21), S. 119 ff.

271) Entsprechendes hat für die mit der Vierten Kartellgesetznovelle eingeführten Vermutungen zu gelten; vgl. bereits oben S. 30.

Auffassungen von Leo, Knöpfle, Emmerich, Möschel und Immenga nicht zuzustimmen, die in den Marktbeherrschungsvermutungen die partielle Einführung einer Beweisführungslast unter Durchbrechung des Untersuchungsgrundsatzes sehen[272]. Diese Meinungen verkennen Begriff, Funktion und Wirkweise einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung oder wollen contra legem aufgrund ihrer rechtspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Grundeinstellung einer vom Gesetz nicht gedeckten Auslegung zum Durchbruch verhelfen, wie beispielsweise Leo und Knöpfle hiermit die Verfassungswidrigkeit der Marktbeherrschungsvermutungen begründen wollen. Allein mit der Einführung gesetzlicher widerleglicher Vermutungen wird der in einem Verfahren ansonsten geltende Untersuchungsgrundsatz aber nicht durchbrochen[273].

Dies hat auch Bedeutung für die Frage der "Widerleglichkeit" der Vermutung. Im Rahmen der Untersuchungsmaxime hat sich die Sachverhaltsaufklärung an dem gesetzlichen (Grund-) Tatbestand auszurichten, auf den sich die Vermutung bezieht. Statt dessen stehen in der Praxis die regelmäßig leichter festzustellenden Vermutungsvoraussetzungen im Vordergrund, bei deren Feststehen nur noch danach gefragt wird, ob die Vermutung "widerlegt" werden könnte[274]. Diese Tendenz ist ebenfalls im Rahmen der Handhabung der Vermutungen des GWB zu beobachten[275]. Hierbei wird aber verkannt, daß innerhalb der Geltung der Untersuchungsmaxime eine derartige Aufgliederung des Prozeßstoffes, wie sie der Verhandlungsmaxime eigen ist, nicht anzuerkennen ist. Zudem besteht die Gefahr, daß die vom Gesetz und vom Rechtsstaatsprinzip geforderte Aufklärung des "wahren" Sachverhalts verkürzt wird, wenn sich der Rechtsanwender mehr oder weniger mit der Feststellung der Vermutungsbasis begnügt. Daher sollten

272) S.o.S. 15, Fn. 35.
273) So auch die überwiegende Meinung zu den Vermutungen des GWB; s.o.S. 16 ff. (Fn. 38 ff.) und S. 107.
274) Dies kritisiert vor allem Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 83 ff. m.w.N. und Beispielen.
275) S.o.S. 16 ff.; insbes. mit Nachweisen aus der Praxis des BGH und des BKartA.

sich Rechtsprechung und Verwaltung der begrenzten Funktion und Wirkweise der gesetzlichen widerleglichen Vermutung bewußt sein. Die Vermutung ist nicht zu widerlegen, sondern der (Grund-) Tatbestand ist in erster Linie aufzuklären.

2. Zum Verhältnis zur richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung

Da gesetzliche widerlegliche Vermutungen Beweislastsonderregeln sind, kann zunächst auch hinsichtlich des Verhältnisses zur richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung auf das zu den Beweislastnormen Gesagte verwiesen werden[276]. Auch das Eingreifen einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung setzt das Scheitern der Sachverhaltsaufklärung, also ein non liquet voraus. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, daß die Vermutung weder auf die Überzeugung des Richters vom Vorliegen der "vermuteten" Tatsache oder des "vermuteten" Rechts einwirken noch zu einer Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit ohne Rücksicht auf die richterliche Überzeugung im Sinne einer Beweisregel führen[277]. Die Freiheit der richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung bleibt demnach unberührt. Während über dieses Ergebnis Einigkeit besteht, finden sich doch immer wieder unklare, wenn nicht gar unrichtige Vorstellungen von der Wirkweise einer gesetzlichen

276) S.o.S. 79 ff.

277) Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 216 f.; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 633; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 89 f.; Grunsky W., a.a.O. (Fn. 141), S. 419; Lukes R., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR, Bd. 23/24, S. 31; ders., a.a.O. (Fn. 7), ZZP 77 (1964), S. 80; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 71 m.w.N. auch zu anderen Meinungen im älteren Schrifttum in Fn. 84; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 84; siehe bereits oben S. 82 f.

widerleglichen Vermutung, wenn davon gesprochen wird, daß von der Vermutungsbasis auf das Vorliegen des vermuteten Tatbestandsmerkmals geschlossen werde oder daß der Gesetzgeber dem Richter diesen Schluß abnehme. Von diesem Ausgangspunkt ist es dann nur ein kleiner Schritt, gesetzliche widerlegliche Vermutungen nur dann für zulässig zu erachten, wenn bei ihrem Vorliegen zumindest eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Verwirklichung der vermuteten Tatsache oder des vermuteten Rechts spreche oder die Voraussetzungen eines "prima-facie-Beweises" gegeben seien, wie dies insbesondere zu den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB vertreten wurde[278].

Diese unrichtigen Ansichten oder zumindest unklaren Formulierungen werden allerdings durch das Wort "Vermutung", die damit zusammenhängende Assoziation mit einer Wahrscheinlichkeitsaussage, der Tatsache, daß gesetzlichen widerleglichen Vermutungen oft Wahrscheinlichkeitsüberlegungen oder mehr oder weniger gesicherte Erfahrungssätze und Erwartungen des Gesetzgebers zugrunde liegen, und der Aussage, daß die Vermutungen zu "Beweiserleichterungen" führen, hervorgerufen[279]. Wahrscheinlichkeitsüberlegungen sind bei gesetzlichen widerleglichen Vermutungen aber nur ein Motiv unter vielen, das der Gesetzgeber zum Anlaß seiner Regelung nehmen kann[280] und dem er sich keineswegs immer verpflichtet fühlt. Dies zeigt besonders deutlich das Beispiel der schon erwähnten Kommorienten-

---

278) S.o.S. 24, Fn. 62.

279) Hierzu näher unten S. 123 ff.

280) Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 359 m.w.N.; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 80 m.w.N. in Fn. 30.

vermutung nach § 11 VerschG, bei der das gleichzeitige Versterben der Verschollenen - sicher der unwahrscheinlichste Fall - vermutet wird[281]. Ferner ist mit einer auf einer abstrakten Wahrscheinlichkeit beruhenden Vermutung für die Feststellung eines konkreten Sachverhalts, die auf der richterlichen Überzeugung beruhen muß, wenig gewonnen. Zudem wird selbst bei einer konkreten Wahrscheinlichkeit das erforderliche Beweismaß für eine richterliche Überzeugung in aller Regel nicht erreicht. Letztlich besagt auch die Feststellung von der "beweiserleichternden" Kraft der Vermutung nicht, daß bei Feststehen der Vermutung die vermutete Tatsache bzw. das vermutete Recht unter erleichterten Voraussetzungen "bewiesen" ist. Hierdurch soll vielmehr betont werden, daß das Vorliegen der Vermutungsbasis in der Regel leichter zu beweisen ist als der Grundtatbestand und, falls das Gegenteil nicht festgestellt werden kann, der von der Vermutung Begünstigte in dieser Situation schon beim Feststehen der Vermutungsbasis obsiegt. So erklärt sich auch die Aussage, daß "vermutete" Tatsachen keines Beweises bedürfen. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß dies deshalb nicht erforderlich ist, weil allein das Feststehen der Vermutungsbasis "Beweis genug" sei. Es bleibt beim non-liquet. Vielmehr besagt dies nur, daß der Richter im Falle eines non-liquet beim Vorliegen der Vermutungsbasis so zu entscheiden hat, als ob die vermutete Tatsache feststehe. Es ist dann eine Frage der Prozeßökonomie, daß ein Beweis zur positiven Klärung

---

281) Hierzu siehe insbesondere Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 80; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 86.

der vermuteten Tatsachen nicht erforderlich wird, da dieser Beweis für die Rechtsanwendung kein anderes Ergebnis bringen kann als ohnehin durch die Vermutung vorgeschrieben wird, nämlich die Anwendung des entsprechenden Tatbestandsmerkmals[282].

Andererseits ist in der Tat nicht ausgeschlossen, daß der Richter beim Vorliegen der Vermutungsbasis allein oder in Verbindung mit anderen Indizien zu der Überzeugung gelangt, daß die vermutete Tatsache gegeben ist. In diesem Falle entfaltet die Vermutung allerdings nicht ihre "Vermutungswirkung" als Beweislastnorm, da aufgrund der richterlichen Beweis- und Verhandlungswürdigung eine non-liquet-Situation gerade nicht gegeben ist. Eine solche Konstellation wird aber in der Praxis, insbesondere im Zivilprozeß wegen der auf der Vermutungswirkung beruhenden Unerheblichkeit, ob das Vorliegen der vermuteten Tatsache positiv geklärt wird, kaum relevant, da es ausreicht, wenn nur das Gegenteil nicht festgestellt werden kann. Andererseits ist sie aber deswegen durchaus naheliegend, weil den meisten gesetzlichen widerleglichen Vermutungen - jedenfalls unter anderem - Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zugrunde liegen[283]. Der Gesetzgeber will mit der Normierung der Vermutung sichergehen, daß im Einzelfall - unabhängig von der richterlichen Überzeugung vom Vorliegen einer rechtserheblichen Tatsache - jedenfalls beim Feststehen der Vermutungsbasis die von ihm für den Grundtatbestand vorgesehene Rechtsfolge zugesprochen wird. Eine

---

282) Vgl. nur Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 73; Rosenberg-Schwab, a.a.O. (Fn 2), S. 633.

283) Vgl. Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 359 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

Tatsachenfeststellung erfolgt aber nicht.

3. Zum Einfluß auf die Sachverhaltsaufklärung

Das Verhältnis zwischen den Beweislastnormen und der Sachverhaltsaufklärung im Prozeß ist bereits eingehend dargestellt worden[284]. An dieser Stelle bedarf es daher lediglich des Hinweises, daß diese Ausführungen entsprechend gelten, wenn es sich um die Beweislastsondernormen in Form gesetzlicher widerleglicher Vermutungen handelt. Insbesondere in Verfahren nach der Untersuchungsmaxime haben diese keine die Untersuchungsmaxime einschränkende Wirkung. Das Gericht behält die volle Verantwortlichkeit für die Sachverhaltsaufklärung. Es ist dazu aufgerufen von Amts wegen - natürlich innerhalb der ansonsten erkannten Grenzen der Untersuchungsmaxime - allen erforderlichen Aufklärungsmöglichkeiten nachzugehen. Insoweit kann auf die früheren Ausführungen zu Inhalt und Reichweite der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen und speziell zu den Marktbeherrschungsvermutungen nach § 22 Abs. 3 GWB verwiesen werden[285]. Setzt also die Anwendung der gesetzlichen widerleglichen Vermutung das Bestehen eines "non-liquet" voraus und verlangt die Untersuchungsmaxime gerade, daß der Sachvehalt soweit wie möglich und - von dem Parteiverhalten unabhängig - aufgeklärt werden muß, um die "richtige" Entscheidung zu treffen und insbesondere um eine mit der Anwendung der Vermutung verbundene potentielle Fehlentscheidung zu vermeiden, dann setzt die Anwendung der Vermutung voraus, daß

284) S.o.S. 83 ff.

285) S.o.S. 16 ff. u. S. 107 ff.

alle Versuche zur Sachverhaltsaufklärung unternommen worden, aber erfolglos geblieben sind. Insofern bringen gesetzlich widerlegliche Vermutungen keine Einschränkung oder Erleichterung hinsichtlich der gesetzlich normierten Aufklärungspflicht des Gerichts.

Andersartigen Ansichten[286], die insbesondere im Rahmen der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB vertreten worden sind und die den Vermutungen die Wirkung von "Verfahrenserleichterungen" in dem Sinne zugesprochen haben, daß sich die Kartellbehörde und das Kartellgericht auf die Feststellung der Marktanteile der Marktbeherrschungsvermutungen zunächst beschränken könnten und es den Unternehmen überlassen bliebe, die "vermutete" Marktbeherrschung zu widerlegen, ist aus diesen Gründen nicht zu folgen. Dies kommt erfreulicherweise mit aller Deutlichkeit hinsichtlich der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB im Beschluß des BGH vom 21.2.1978 ("Kfz-Kupplungen") zum Ausdruck. Darin heißt es, daß, soweit nach § 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB zu vermuten sei, daß das Unternehmen wegen seines Marktanteils marktbeherrschend ist, auch aufgrund der der Kartellbehörde von Amts wegen obliegenden Untersuchung aller wettbewerbsrelevanten Umstände im Sinne einer Gesamtprüfung unwiderlegt geblieben sein müsse[287].

Andererseits ist eine Sachverhaltsaufklärung dort beendet, wo das Gericht eine Überzeugung von der tatsächlichen Verwirklichung oder Nichtverwirklichung eines Tatbestandsmerkmals gewonnen hat. Wie bereits bei dem Verhältnis der Vermutungen zur Beweiswürdigung festgestellt wurde[288], kann dies im Einzelfall durch-

---

286) S.o.S. 15, Fn. 35.

287) Beschl. v. 21.2. 1978, WuW/E BGH 1501, LS 1, 1502 f. ("Kfz-Kupplungen") = BGHZ 71, S. 102 (108); vgl. auch BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E 1749, LS 1, 1753 f. ("Klöckner-Becorit") = BB 1980, S. 569 (571), s.o.S. 17 f.

288) S.o.S. 114 ff. (117).

aus schon allein oder in Verbindung mit anderen Indizien beim Vorliegen der Tatsachen gegeben sein, die auch die Vermutungsbasis bilden. Mit einer Einschränkung der Verpflichtung der Gerichte zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung hat dies aber nichts zu tun.

4. Gesetzliche widerlegliche Vermutungen und Rechtsfrage

Gesetzliche widerlegliche Vermutungen haben als Beweislastnormen rechtstechnisch ihren Standort bei der sogenannten "Tatfrage". Sie bestimmen bei Zweifeln im "Tatsächlichen", ob ein bestimmtes gesetzliches Tatbestandsmerkmal verwirklicht worden ist, daß bei Feststehen der Vermutungsbasis so zu entscheiden ist, als ob auch die vermutete Tatsache bzw. das vermutete Recht erfüllt ist. Demgegenüber werden Fragen der Auslegung und Konkretisierung von Rechtsnormen als reine Rechtsfrage angesehen, bei denen es ein Beweislastproblem nicht gibt[289]. Andererseits wurde aber bereits dargelegt, daß die Grenzen zwischen Tat- und Rechtsfrage oft fließend sind und die Erforderlichkeit einer theoretisch möglichen scharfen Trennung zwischen diesen Bereichen in machen Fällen einer Überprüfung bedarf[290].

Dies wird besonders deutlich, wenn es um die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe geht. Wenn der Gesetzgeber diese nicht der Rechtsanwendungsebene überlassen und damit eine schwierige, langwierige, oft widersprüchliche und für den Rechtsunterworfenen unvorhersehbare Entscheidungspraxis in

289) Hierzu siehe bereits oben S. 86 ff.
290) S.o.S. 87 ff.

Kauf nehmen will[291], muß er selbst die entsprechende Konkretisierung vornehmen. Ihm stehen dabei unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung. Er kann Fallgruppen bilden, in denen abschließend die Fälle aufgeführt sind, die unter den unbestimmten Rechtsbegriff fallen sollen. Er kann aber auch nur einzelne Fallbeispiele geben ohne abschließende Regelung. Ferner können die Beispiele als unwiderleglich oder widerleglich in Form von Regelbeispielen normiert werden. Er kann sich aber auch damit begnügen, einzelne Kriterien anzugeben, die er bei der Auslegung der Rechtsnorm und der Subsumtion im Einzelfall durch den jeweiligen Rechtsanwender beachtet wissen will. Letztlich kann er sich auch die widerleglichen gesetzlichen Vermutungen für eine Konkretisierung zunutze machen. Will man auch bei solchen Vermutungen, mit deren Hilfe Rechtsnormen konkretisiert werden sollen, bei der scharfen Trennung zwischen Tat- und Rechtsfrage bleiben, wird man ihnen am ehesten gerecht, wenn man ihnen insoweit einen "Doppelcharakter" zubilligt. Sie sind dann zum einen auf der "Rechtsebene" als Konkretisierungskriterien und zum anderen auf der "Tatsachenebene" als Beweislastnormen anzusehen. Ähnlich wie die einfachen Regelbeispiele bewirken sie, daß, falls keine gegenteiligen Tatsachen festgestellt werden, die gesetzliche Rechtsfolge zur Anwendung kommt. Zu einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung als Mittel der Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffes wird der Gesetzgeber sinnvollerweise immer dann greifen,

---

291) Oft sind hierbei die Grenzen des Zumutbaren erreicht, so daß sich von Verfassungs wegen aus dem Grundsatz der Rechtsklarheit, Vorhersehbarkeit und dem Gleichbehandlungsgebot eine Pflicht zur Konkretisierung ergeben kann; vgl. insbesondere zum technischen Sicherheitsrecht und zum Atomrecht Lukes R., a.a.O. (Fn. 102), RTW-Bd. 22, S. 81 ff.; dens., a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 77 f. u. RTW-Bd. 20, S. 64 ff.; dens., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 28, 31 ff.; im übrigen siehe hierzu bereits oben S. 38 f.

wenn er im Einzelfall die Möglichkeit offenlassen will, daß trotz der Verwirklichung der Vermutungsbasis der zu entscheidende Sachverhalt wegen weiterer, den Besonderheiten des Einzelfalles entspringenden Fallvarianten nicht unter die abstrakte Rechtsnorm fällt und somit der unbestimmte Rechtsbegriff im konkreten Fall nicht als verwirklicht angesehen werden kann. Die gesetzliche widerlegliche Vermutung bietet sich somit als Möglichkeit an, das Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach einer hinreichenden Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und der notwendigen Offenheit für eine andere Beurteilung im Einzelfall zu lösen. Dies ist insbesondere im technischen Sicherheitsrecht und speziell im Atom- und Immissionsschutzrecht erörtert worden[292]. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, daß eine derartige Konkretisierung auf der "Beweislastebene" nicht davor schützt, daß im konkreten Fall das Gericht zu einer entgegengesetzten Überzeugung gelangt. Eine wie auch immer geartete Konkretisierung mittels gesetzlicher widerleglicher Vermutungen kann z.B. im Ergebnis nie vor übersteigerten Sicherheits- und Qualitätsanforderungen seitens der Rechtsanwender schützen. Sie ist insoweit weitaus weniger verbindlich und der Rechtssicherheit dienlich als eine auf der Tatbestandsebene vorgenommene Konkretisierung. Auf die besonderen verfassungsrechtlichen Probleme bei der Einbeziehung überbetrieblicher technischer Normen in Form einer Vermutungsregelung ist an anderer Stelle gesondert einzugehen[293].

292) Vgl. vorige Fn. sowie oben S. 38 ff., 46 f. m.w.N.
293) S.u.S. 280 ff.

5. "Verwandte" Begriffe und Erscheinungsformen

Nachdem Begriff, Inhalt und Wirkweise der gesetzlichen widerleglichen Vermutung dargestellt worden sind, soll auf Erscheinungsformen und Begriffe eingegangen werden, die mit dem Begriff einer "Vermutung" und dem Beweislastproblem allgemein in Zusammenhang gebracht werden. Sie waren stets Anlaß zu Verständigungsschwierigkeiten, die sich bis auf die verfassungsrechtliche Beurteilung ausgewirkt haben.

Ausgangspunkt ist dabei, daß der Terminus "Vermutung" oder die Wendung "es ist zu vermuten, daß" selbst im rein juristischen Bereich zur Bezeichnung höchst verschiedenartiger Phänomene verwendet wird. So treffen wir auf "Vermutungen" im Zusammenhang mit "unwiderleglichen Vermutungen und Fiktionen", dem "Anscheinsbeweis" und den "tatsächlichen Vermutungen". Ferner lassen sich Bezeichnungen wie "normativ bestimmte Vermutungen" oder sog."Ausgangsvermutungen" finden. Im Bereich des GWB wurden die Vermutungen mit dem Begriff der "Aufgreif- und Eingreifkriterien" in Verbindung gebracht. Nicht zuletzt spricht die Rechtsprechung oft von "Vermutungen", deren Inhalt und Bedeutung unklar bleibt, hinter der sich aber oft eine im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung vorgenommene Beweislastumkehr verbirgt.

Der Terminus "Vermutung" ist also vielschichtig. Hinzu kommt, daß der juristische Begriff der "Vermutung" an den außerjuristischen Vermutungsbegriff nach allgemeinem Sprachgebrauch anknüpft. Aus diesem Grund bedarf das Verhältnis der gesetzlichen widerleglichen Vermutung zu diesen Erscheinungsformen einer Erläuterung.

---

a) Vermutungen nach allgemeinem Sprachgebrauch

Alle Erscheinungsformen der in der juristischen Terminologie verwendeten "Vermutungen" knüpfen an einen außerrechtlichen, im allgemeinen Sprachgebrauch verwendeten Vermutungsbegriff an. Unter dem Begriff "Vermutungen" werden nach allgemeinem Sprachgebrauch Annahmen mit Wahrscheinlichkeitsgehalt verstanden. Der Vermutende unterscheidet sich in erster Linie von dem Wissenden oder Überzeugten. Er rechnet insbesondere mit der Möglichkeit, daß seine Meinung oder Aussage unrichtig ist bzw. widerlegt wird. Derartige Vermutungen können sich sowohl auf abgeschlossene Sachverhalte als auch auf zukünftige Sachverhalte beziehen, je nachdem, ob der Handlungsablauf abgeschlossen oder noch offen ist. Vermutungen können sich dabei auf mehr oder weniger gesicherte Erfahrungsgründe stützen. Sie können auf der einen Seite bis an die Grenze der Überzeugtheit gehen, auf der anderen Seite aber auch lediglich schlichte Spekulation beinhalten, was sich z.B. in der Begriffsbildung der "vagen Vermutung" äußert. Hierbei soll aber nicht verkannt werden, daß im allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff der "Vermutung" letztlich nicht eindeutig ist und sich schon von daher einer allgemein gültigen Definition entzieht. Schließlich verbinden sich mit dem Begriff einer Vermutung auch Einschätzungen der Dinge, die auf sehr subjektiven Wahrscheinlichkeitsbeurteilungen beruhen.

Beziehungen zur gesetzlichen widerleglichen Vermutung bestehen insoweit, als diesen häufig ebenfalls ein Wahrscheinlichkeitsurteil zugrunde liegt und sich der Gesetzgeber bei deren Normierung oft auf die allgemeine Lebenserfahrung stützt[294]. Dies ist aber keine

294) Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 83; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 359 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

conditio sine qua non für eine gesetzliche widerlegliche Vermutung. Der Gesetzgeber fühlt sich und ist daran auch nicht gebunden, da sich die Regelung der Beweislast allgemein auch nicht nach Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten richtet und sich die "Beweislast" nicht etwa einer abstrakten oder konkreten Wahrscheinlichkeit "umkehrt". Auch wenn in vielen Fällen die ausdrücklichen Beweislastnormen und die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen auch auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beruhen, ist dies kein durchgängiges Prinzip[295], sondern höchstens ein Motiv und Rechtfertigungsgrund des Gesetzgebers für eine von der ansonsten geltenden Beweislastverteilung abweichenden Regelung. Ebenso wie bei sonstigen Beweislastsonderregeln sind bei den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen die gesetzgeberischen Motive für die Schaffung von Beweislastsondernormen sehr vielschichtig und überwiegend materiell-rechtlicher Natur, wie z.B. das Bestreben, Rechtsstreitigkeiten zu verhindern, die Begünstigung rechtspolitisch erwünschter Ergebnisse oder beweisrechtliche Gründe, wenn auch in den meisten Fällen daneben Wahrscheinlichkeitsgesichts-

---

295) Vgl. z.B. nur §§ 1362 Abs. 1, 1377 Abs. 3 BGB; § 11 VerschG; § 180 Abs. 1 BEG., vgl. hierzu allgemein Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 359 ff. m.w.N. Zur Begründung einzelner Beweislastsondernormen vgl. im übrigen die speziellen Kommentierungen zu diesen Normen sowie Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 303 ff. und Lepa M., a.a.O. (Fn. 6), S. 132 ff.

punkte mit eine Rolle spielen[296]. So wenig wie Erfahrungssätze gesetzliche Beweislastregeln abändern können, bedürfen diese ihrerseits einer Legitimation durch Erfahrungssätze oder Wahrscheinlichkeitsaussagen. Diese haben ihren Standort im Rahmen der Beweiswürdigung und können für den Anscheinsbeweis oder die Statuierung "tatsächlicher Vermutungen" nutzbar gemacht werden[297].

Insofern ist es ebenso falsch, in jeder gesetzlichen widerleglichen Vermutung die Wiedergabe von Erfahrungswerten oder Wahrscheinlichkeiten zu erblicken[298] oder die Qualifikation oder Legitimation einer solchen Regelung davon abhängig zu machen, wie dies insbesondere teilweise zu den Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB vertreten worden ist[299]. Diese Meinungen beruhen auf einer durch die Verwendung des Wortes "Vermutung" hervorgerufene und durch die meisten gesetzlichen widerleglichen Vermutungen bestärkten, aber falschen Assoziation, daß auch letztere ausschließlich auf Wahrscheinlichkeitsurteilen beruhen müßten. Im übrigen ergibt sich für den Gesetzgeber die Erforderlichkeit der Normie-

---

296) Hierzu ausführlich Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 359 ff.; vgl. ferner Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 80 ff.; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 85 f.; Schwab K.H., a.a.O. (Fn. 7), S. 511 ff.; Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 211.

297) Hierzu näher unten S. 129 ff. m.w.N.

298) So z.B. Meder G., Das Prinzip der Rechtmäßigkeitsvermutung dargestellt für die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, Berlin 1970, S. 36.

299) Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 614 ff.; Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 201 und WPR 1972, S. 13 f.; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 723; Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 115; Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 431.

rung einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung gerade daraus, daß allein aufgrund des Feststehens der Tatsachen, die die Vermutungsbasis bilden, das Vorliegen der vermuteten Tatsache oder des vermuteten Rechts nicht festgestellt werden kann. Stellte man an die gesetzliche widerlegliche Vermutung die Anforderungen eines "normierten Anscheinsbeweises"[300], wären sie im Grunde überflüssig, da dann der Richter bereits aufgrund eines entsprechenden Erfahrungssatzes zur Tatsachenfeststellung kommen müßte, eine gesetzliche Regelung der Beweislast also nicht erforderlich wäre. Zudem sind Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkte nur ein Kriterium unter anderen bei der Frage, wie die Beweislast geregelt werden soll. Ein Abstellen allein hierauf würde eine unzulässige Verkürzung der Abwägungskriterien darstellen.

b) Die unwiderleglichen gesetzlichen Vermutungen und Fiktionen

Unwiderlegliche Vermutungen sind im Gegensatz zu den widerleglichen Vermutungen keine Entscheidungsnormen, die im Falle einer Ungewißheit über tatsächliche Vorgänge eingreifen, sondern Rechtssätze, die materielle Rechtsfolgen bestimmen[301]. Hierbei handelt es sich um eine Gesetzestechnik, die - vergleichbar mit den Verweisungen - für einen Tatbestand keine eigene Rechtsfolge setzt, sondern durch die Gleichstellung mit einem anderen Tatbestand, auf den die unwiderlegliche Vermutung bezogen ist, dessen Rechts-

300) So z.T. ausdrücklich die in der vorigen Fn. aufgeführten Meinungen.

301) Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 88; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 102 ff.; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 82 f.; Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 213.

folge verbindlich macht. Sie ähneln daher den Fiktionen, von denen sie sich insofern unterscheiden, als die Fiktion eine rechtliche Gleichbewertung verschiedener Tatbestände darstellt, die der Gesetzgeber in voller Kenntnis ihrer Ungleichwertigkeit vorgenommen hat, während die unwiderlegliche Vermutung Sachverhalte gleichstellt, die übereinstimmen können und häufig auch übereinstimmen werden[302]. Ebenso wie die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen haben die unwiderleglichen Vermutungen eine "Vermutungsbasis", die allerdings bei letzteren nichts anderes als ein zweiter materieller Tatbestand ist. Beide Vermutungen sind also verschiedene Regelungen, die nicht unter einen einheitlichen Obergriff der "gesetzlichen Vermutung" wie es der § 292 ZPO nahelegt, zusammengefaßt werden sollten. Dabei bestehen natürlich zwischen beiden Regelungstechniken insoweit Verbindungslinien, als beide meistens auf Wahrscheinlichkeitskriterien beruhen und sich der Gesetzgeber entsprechend § 292 ZPO überlegen muß, ob er eine widerlegliche oder eine unwiderlegliche Vermutung normieren will. Beide haben auch Auswirkungen auf die Ungewißheitsproblematik der Grundnorm, auf die sie sich beziehen. Während die gesetzliche widerlegliche Vermutung aber auf der Ebene der Beweislast wirkt und nur "im Zweifel" eingreifen soll und kann, kommt die unwiderlegliche Vermutung unabhängig von der Beweislastfrage zur Anwendung und vermindert das Beweislastrisiko hinsichtlich der "Grundnorm" durch Schaffung eines zweiten, die Grundnorm ggfs. konkretisierenden und leichter festzustellenden Tatbestandes. Der durch § 292 ZPO bedingte Begriff der

---

302) Leipold D., a.a.O. (Fn.7), S. 103; Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 83; Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 213.

"Vermutung" ist hierfür eher irreführend und sollte höchstens als ein Hinweis auf das gesetzgeberische Motiv für die Gleichsetzung der Rechtsfolgen verstanden werden. Entsprechend den unterschiedlichen Regelungsinhalten sind auch die von gesetzlichen widerleglichen und unwiderleglichen Vermutungen aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen unterschiedlich zu beurteilen.

c) Der Anscheinsbeweis und die "tatsächlichen Vermutungen"

Der Anscheinsbeweis - auch prima-facie-Beweis genannt - hat seine Stellung im Gegensatz zu den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen nicht im Rahmen der Beweislast, sondern im Bereich der richterlichen Tatsachenwürdigung[303]. Er ist - wie es der Begriffbestandteil "Beweis" bereits besagt - ein Nachweis, der dazu führt, daß eine Beweislastsituation überwunden wird und die ansonsten eingreifenden Beweislastnormen nicht zur Anwendung kommen. Der häufig zu findende Satz, daß der Anscheinsbeweis eine "Vermutung" für das Vorliegen einer bestimmten Tatsache oder eines bestimmten Geschehensablaufes begründe, ist daher mißverständlich und wird unrichtig, wenn darin eine Gleich-

303) St. Rspr. des BGH, z.B. BGHZ 2, S. 1 (5); BGHZ 7, S. 198 (200 f.); ebenso die überwiegende Meinung im Schrifttum, vgl. statt vieler Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 84 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Vgl. auch Lukes R., a.a.O. (Fn. 7), ZZP 77 (19), S. 81 f.; dens., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 22 ff.; Kollhosser H., a.a.O. (Fn. 233), AcP 165, S. 46 ff.; dens., Der Anscheinsbeweis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Diss. Mainz 1963; aus dem neueren Schrifttum Walter G., a.a.O. (Fn. 185), S. 206 ff. Greger R., a.a.O. (Fn. 185), S. 169 ff.; dens., Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises, VersR 1980, S. 1091 ff.

setzung mit einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung ausgedrückt werden soll. Der im Rahmen des Anscheinsbeweises mißverständlich benutzte Begriff der "Vermutung" ist dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen, wonach "Vermutungen" Annahmen mit Wahrscheinlichkeitsgehalt sind[304]. Der Anscheinsbeweis gründet sich, ohne daß auf die Einzelheiten näher eingegangen zu werden braucht[305], darauf, daß - insbesondere für Kausalzusammenhänge und das Verschulden - bestimmte Tatsachen dann "dem ersten Anschein nach" als erwiesen angesehen werden, wenn ein typischer Geschehensablauf bzw. die allgemeine Lebenserfahrung generell für ihr Vorliegen spricht. Dasselbe gilt für die "tatsächliche Vermutung". Hinter diesem Begriff, der insbesondere der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu entnehmen ist, stehen ebenfalls Erfahrungsgrundsätze, die im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung angewendet werden, ohne daß die Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises vorliegen[306]. Die Übergange sind allerdings fließend, die

---

304) S.o.S. 124 ff.

305) Vgl. hierzu das in Fn. 315 angegebene Schrifttum; ferner Hainmüller D., Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadensprozeß, Tübingen 1966, S. 29 ff.; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 96 ff.; Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 664; Rechtsprechung und Literatur stellen allerdings im Einzelfall sehr unterschiedliche Anforderungen an die Voraussetzungen für die Anerkennung eines Anscheinsbeweises; vgl. hierzu nur Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 85 ff.; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 96 ff. m.w.N.

306) Zum Verwaltungsprozeß vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 96 ff.; Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 113 ff.; Tietgen W., a.a.O. (Fn. 7), S. 56 ff. jeweils mit zahlreichen Nachweisen; z.B. BVerwG DBVl. 1956, S. 335 (337); BVerwG DVBl. 1957, S. 130 (131); BVerwGE 5, S. 214 (215); BVerwGE 5, S. 275 (278 f.); BVerwGE 8, S. 98 (101); BVerwGE 14, S. 11 (16); BVerwGE 17, S. 141 (143); vgl. auch BSGE 19, S. 54; zum Zivilprozeß vgl. Musielak Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 157; Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 210 f. m.w.N.; z.B.

Praxis uneinheitlich und die Abgrenzung zum Indizienbeweis kaum sinnvoll zu treffen[307]. Die Bezeichnung bestimmter Erfahrungssätze als "tatsächliche Vermutung" ist gerade wegen der begrifflichen Nähe zu den "gesetzlichen Vermutungen" irreführend, weil hierdurch der Eindruck erweckt wird, als würden diese Erfahrungssätze dasselbe bewirken wie die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen, also eine Umkehr der Beweislast in Form einer an der Lebenserfahrung ausgerichteten richterrechtlichen Rechtsfortbildung.
Die Rechtsprechung scheint sich auch wohl mit der Begriffsbildung der "tatsächlichen Vermutung" an der "gesetzlichen Vermutung" zu orientieren, wie es der Wortlaut und die Stellung dieser "Vermutung" innerhalb der Ungewißheitsproblematik nahelegt. Dies führt in der Praxis zwangsläufig zu Unklarheiten und zur Verwischung der Grenzen zwischen Beweiswürdigung und Beweislast. Dies kommt zumindest verbal dadurch zum Ausdruck, daß teilweise in diesen Fällen von einer "Umkehr der Beweislast" und einer "Widerlegung" dieser Vermutung gesprochen wird. Ferner werden die Anforderungen an eine "Widerlegung" oder "Erschütterung" der Vermutung uneinheitlich hoch gezogen, so daß die "tatsächlichen Vermutungen" teilweise wie widerlegliche gesetzliche Vermutungen

---

noch Fn. 306) BGHZ 2, S. 82, 85; BGH NJW 1963, S. 955 (956); BGH NJW 1968, S. 543 (545); BGH NJW 1971, S. 1406 (1407); BGH NJW 1979, S. 869; vgl. auch BAG NJW 1977, S. 350. Zum Wettbewerbsrecht z.B. Lukes R., a.a.O. (Fn. 7), ZZP 77 (1964), S. 80 f. WuW/E BGH 1629 ("Modellbauartikel II").

307) Vgl. die berechtigte Kritik vor allem von Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 100 ff. Vgl. hierzu auch das in Fn. 303 angegebene Schrifttum.

gehandhabt werden[308].

Dies mag darauf beruhen, daß die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen mit den "tatsächlichen Vermutungen" und dem Anscheinsbeweis in ihrer Struktur und Legitimation durchaus Ähnlichkeiten aufweisen. Beide knüpfen an eine "Vermutungsbasis" an, die im Falle der "tatsächlichen Vermutung" und des Anscheinsbeweises auf den Erfahrungssätzen beruht, und wollen die Ungewißheitsproblematik lösen. Dabei beruhen die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen - wie bereits dargelegt[309] - ebenfalls überwiegend auf Erfahrungssätzen. Man könnte daher an Modifizierungen der Beweislastverteilung durch richterliche Rechtsfortbildung, gestützt auf Erfahrungsätze und tatsächliche Vermutungen denken. An anderer Stelle[310] wurde aber bereits gezeigt, daß die Beweislastnormen nicht auf Wahrscheinlichkeitsurteilen beruhen. Sie können auch nicht durch die Statuierung "tatsächlicher Vermutungen" umgangen werden. Richtig ist allein ihre Anwendung im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung. Für die Heranziehung von Erfahrungssätzen in diesem Bereich bedarf es aber nicht der Einführung des Begriffs der "tatsächlichen Vermutung", der irreführend ist, oft zu überhöhten Anforderungen an die "Widerlegung der Vermutung" verleitet und letztlich zu falschen (Beweislast)- Entscheidungen führt. Ferner wird umgekehrt aus einem falschen Verständnis der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen heraus zu Un-

---

308) Vgl. hierzu nur die Analysen von Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 158 ff.; Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 113 ff. und Tietgen W., a.a.O. (Fn. 7), S. 56 ff.; ferner Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 96 ff.

309) S.o.S. 117, 124 ff. m.w.N.

310) S.o.S. 68 ff. allgemein zur Beweislastverteilung, die sich nach den durch den Gesetzgeber festgesetzten oder im Wege der Auslegung zu ermittelnden materiell-rechtlichen Kriterien richtet; vgl. auch S. 81 f., 114 ff.

recht gefordert, daß diese nur dann anzuerkennen seien, wenn die Vermutungsbasis die Anforderungen eines Anscheinsbeweises oder einer "tatsächlichen Vermutung" erfüllt[311]. Den Gesetzgeber können allerdings entsprechende Erfahrungssätze dazu veranlassen, diese als Grundlage einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung zu benutzen. Insofern sind Überschneidungen möglich, aber nicht zwingend. In der Praxis werden Unklarheiten bei der Statuierung von "Vermutungen" besonders deutlich, wenn Verstöße gegen Schutzvorschriften, Unfallverhütungsvorschriften oder überbetriebliche technische Normen festgestellt worden sind und es um die Frage des Ursachenzusammenhanges zwischen dem Verstoß und dem eingetretenen Schaden und des Verschuldens des in Anspruch Genommenen geht. Die Rechtsprechung[312] verweist bei der Verletzung eines Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Kausalität auf die Möglichkeit des Anscheinsbeweises[313], während für das Verschulden eine "Vermutung" sprechen soll[314], wobei es

---

311) Hierzu siehe bereits oben S. 32, Fn. 85 und S. 40, Fn. 107.

312) In der Literatur ist die Frage, ob ein Anscheinsbeweis oder eine "Beweislastumkehr" angenommen werden soll, umstritten; vgl. zum Streitstand Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 157 ff. m.w.N.

313) Z.B. BGH VersR 1955, S. 760 (761); BGH VersR 1974, S. 158 (159).

314) BGH NJW 1968, S. 1281; BGH VersR 1961, S. 231 (232); BGH NJW 1969, S. 268 (274); BGH NJW 1973, S. 2207.

in den Entscheidungsgründen und bei der Handhabung häufig unklar bleibt, ob eine Beweislastumkehr, ein Anscheinsbeweis oder eine "tatsächliche Vermutung" gemeint ist[315]. Ähnlich unklar benutzt der BGH den Begriff "Vermutung" hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhanges zwischen einem Verstoß gegen Unfallverhütungsvorschriften und dem eingetretenen Schaden[316]. Teilweise wird ersichtlich von einem Anscheinsbeweis ausgegangen, teilweise ein solcher aber gerade abgelehnt[317]. Entsprechende Unklarheiten lassen sich in der Rechtsprechung - und ebenso im Schrifttum - bei der Handhabung überbetrieblicher technischer Normen feststellen. Auch hier wird oft undifferenzierend und unklar von "Vermutungwirkungen" gesprochen, ohne daß deren Inhalt und deren Legitimation näher dargelegt werden[318].

Ganz unabhängig von den unterschiedlichen Meinungen zu den hier angesprochenen Problemen ist festzustellen, daß sich insbesondere die Rechtsprechung bei der Aufstellung und Handhabung von "Vermutungen" keiner einheitlichen oder eindeutigen Kri-

---

315) Vgl. hierzu Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 156 ff. (161 f.).

316) Z.B. BHG LM § 833 (E) BGH Nr. 5; BGH VersR 1955, S. 105 (106); BGH VersR 1964, S. 942 (944); BGH VersR 1970, S. 345 (346); BGH VersR 1972, S. 149 (150). Zur Rspr. und zum Streitstand im Schrifttum vgl. Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 163 ff. m.w.N.

317) Z.B. BGH VersR 1972, S. 767 f.

318) Siehe zum technischen Sicherheitsrecht ausführlich unten S. 280 ff.

terien bedient. Oft ist nicht erkennbar und dem Gericht wohl auch nicht bewußt, was es letztlich meint, wenn es sich des Ausdruckes "es wird vermutet" oder "es besteht eine Vermutung" bedient: eine Beweislastsonderregel, einen Anscheinsbeweis, eine tatsächliche Vermutung oder eine besondere Regel der Beweiswürdigung. Eine eindeutige Stellungnahme zu dieser Frage ist aber allein schon deswegen wünschenswert, weil hierdurch zugleich die Anforderungen an die "Widerlegung" der Vermutung festgelegt werden. Unklare Begriffsbildungen und eine undifferenzierte Handhabung von "Vermutungen" führen zur Rechtsunsicherheit, zur falschen Beurteilung der Beweislastfrage und letztlich zu Fehlentscheidungen.

d) "Normativ bestimmte Vermutungen" oder "Ausgangsvermutungen"

Neben den dargestellten Vermutungen lassen sich in der Terminologie des öffentlichen Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts "Vermutungen" finden, deren systematische Einordnung schwierig ist, die aber mit dem Beweislastproblem unmittelbar nichts zu tun haben. In ihnen kommen vielmehr Auslegungsprinzipien zum Ausdruck, mit Hilfe derer der einen oder anderen Gesetzes- oder Verfassungsauslegung der Vorrang eingeräumt werden soll[319]. Der hierfür zum Teil verwendete Begriff einer "Vermutung" erscheint fehl am Platz.

---

319) Vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), JuS 1977, S. 26; Dubischar R., a.a.O. (Fn. 135), JuS 1971, S. 388.

Es handelt sich um "Vermutungen" wie die "Vermutung der Rechtmäßigkeit oder Gültigkeit von Verwaltungsakten"[320], die "Vermutung zugunsten der Einräumung subjektiver öffentlicher Rechte"[321], die "Vermutung für eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit"[322], die "Vermutung gegen einen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum für die Verwaltung"[323], die "Vermutung für die Zuständigkeit zugunsten der Länder gegenüber dem Bund" gem. Art. 30 GG[324], eine "Vermutung für das Bestehen eines Vertrauensschutzes" bei der Frage der Zulässigkeit einer Rückwirkung[325], eine "Vermutung für die Verfassungsmäßigkeit bestimmter Staatsakte"[326] oder die "Freiheitsvermutung"[327] allgemein. Der Be-

---

320) Hierin kommt lediglich die Umschreibung der gesetzlichen Regelung der Wirksamkeit von Verwaltungsakten bis zu ihrer Aufhebung zum Ausdruck; vgl. näher Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 95; demgegenüber hat PrOVGE 30, S. 421 (426 f.) wohl darüberhinaus eine Beweislastregel angenommen.

321) Z.B. Bachof O., Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 287 (303).

322) Z.B. BVerwG DöV 1978, S. 528; BVerwG NJW 1961, S. 137f.; BGHZ 438, S. 52; OVG Münster NJW 1976, S. 820; vgl. auch z.B. Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 138), § 40 Rdn. 17 a.E.

323) Vgl. Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 138), § 114 Rdn. 11 a.E.

324) Z.B. BVerfGE 12, S. 204 (243); BVerfE 11, S. 6 (15).

325) BVerfG NJW 1979, S. 1289 (1300).

326) Z.B. BVerGE 2, S. 266 (282); BVerfGE 3, S. 225 (233); BVerfGE 4, S. 157 (168); BVerfGE 11, S. 89 (95); BVerfGE 16, S. 6 (17).

327) Zu diesem Grundsatz insbes. Schneider P., In dubio pro libertate, in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 263 ff. (268 ff.). Hierzu näher unten S. 186 ff. m.w.N. auch aus der Rspr. des BVerfG.

griff der "Vermutung" sollte in diesen Fällen wegen der Assoziation zu den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen vermieden werden. Sie hat eher zu Irritationen beigetragen, als daß sie die Diskussion in die richtige Richtung bewegt hätte.

e) Die "Aufgreifkriterien"

Im Zusammenhang mit den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB wurde häufig von "Aufgreifkriterien" gesprochen, die diese Vermutungen darstellten. Diese Begriffsbildung verdeutlicht die Unsicherheiten bei der rechtlichen Einordnung dieser Vermutungen und hat sich auf die Diskussion eher schädlich ausgewirkt.

Schon vor Einführung der Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB entwickelte sich eine lebhafte Diskussion um deren Bedeutung und rechtliche Einordnung[328]. Teilweise wurden die Vermutungen dabei als "Aufgreiftatbestände" qualifiziert, die keine Vermutungen im herkömmlichen Sinne seien und auch keinen Einfluß auf die Fragen der Beweislast hätten, sondern nur für das Verwaltungsverfahren bestimmt seien und die Kartellbehörde lediglich dazu veranlassen sollten, beim Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen in die nähere Prüfung einzusteigen, ob die Unternehmen wirklich marktbeherrschend seien und ihre marktbeherrschende Stellung mißbrauchten[329]. Diese Auffassungen

328) S.o.S. 12 ff.

329) So vor allem Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 614, 616 ff.; ders., FIW-Heft 66, a.a.O. (Fn. 33), S. 42; ihm folgend Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, a.a.O. (Fn. 33), § 22, S. 20 n.F.; Tessin C., a.a.O. (Fn. 33), AG 1973, S. 322; aus verfassungsrechtlichen Gründen sprechen sich für eine entsprechende Handhabung aus: Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 115; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 723; Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 197 ff. sowie WRP 1972, S. 12 ff.; Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 430 ff.

stützen sich vorwiegend auf die Aussagen des Wirtschaftsausschusses und vor allem des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, in denen dieser Begriff verwendet wurde[330]. Die entscheidenden Passagen lauten hierzu in der Stellungnahme des Rechtsausschusses: "Die Vermutungen haben nach Auffassung des Rechtsausschusses den Charakter von "Aufgreiftatbeständen" in dem Sinne, daß die Kartellbehörde bei Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen in die Prüfung der "Marktbeherrschung" eintreten muß"[331]. Im Bericht des federführenden Ausschusses für Wirtschaft wird auf eine übereinstimmende Auffassung mit dem Rechtsausschuß verwiesen und weiter ausgeführt:
"Die Vermutungen sind vielmehr ihrer Art nach eher "Aufgreiftatbestände", durch die die Kartellbehörde in diesen Fällen zur Einleitung des Verfahrens veranlaßt werden soll; ..."[332]. Dieser Begriff findet sich auch in der Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKartA 1973[333] und in einer Entscheidung des Kammergerichts[334]. Auch im Rahmen der durch die Vierte Kartellrechtsnovelle eingeführten weiteren Vermutungen wird der Begriff "Aufgreifkriterien" erwähnt, wenn

---

330) Hierzu siehe bereits oben S. 12 ff. m.w.N.

331) BT-Drs. 7/765, Anlage 1, S. 14 = WuW 1973, S. 597.

332) BT-Drs. 7/765, S. 6 = WuW 1973, S. 588.

333) BT-Drs. 7/2250, II.

334) KG, Beschl. v. 20.11.1973, WuW/E OLG 1429, 1434 ("Deutscher Fußballbund") = BB 1974, S. 619 f., wo von "Aufgreifkriterien" gesprochen wird, ohne daß es allerdings im Fall auf die Vermutungen angekommen ist.

in den Begründungen der Bundesregierung zu den Vermutungen nach § 23 a Abs. 1 GWB auf die Feststellungen des Wirtschafts- und Rechtsausschusses verwiesen wird[335] und es hinsichtlich der Vermutung nach § 26 Abs. 3 S. 3 GWB heißt, daß es sich nicht um zivilrechtliche Vermutungen handele, sondern vielmehr um einen "Aufgreiftatbestand", durch den die Kartellbehörde zur Überprüfung der Abhängigkeit i.S. des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB bei Vorliegen der "Vermutungsvoraussetzungen" veranlaßt werden solle[336].

Der Begriff "Aufgreifkriterium" ist im Zusammenhang mit gesetzlichen widerleglichen Vermutungen mißverständlich und irreführend. Er stammt aus dem Bereich der Fusionskontrolle. Dort wurde er den sogenannten "Eingreifkriterien" gegenübergestellt. Während die "Aufgreifkriterien" bestimmen, wann überhaupt ein Unternehmenszusammenschluß der Fusionskontrolle unterliegt, legen die "Eingreifkriterien" fest, unter welchen Voraussetzungen dieser Zusammenschluß zu untersagen ist. Letzteres ist der Fall, wenn zu erwarten ist, daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird[337]. Die "Aufgreifkriterien" sind also nichts anderes als gesetzliche Tatbestandsmerkmale, die den Bereich der Zusammenschlußkontrolle abgrenzen und zum Gesamteingriffstatbestand der Fusionskontrolle gehören.

Im Grunde genommen bedarf jedes Verwaltungsverfahren eines "Aufgreifkriteriums". Bekannt ist der Begriff des "Aufgreifens eines Verwaltungsverfahrens". Hierunter ist zu verstehen, daß die Verwaltungsbehörde von Amts wegen oder auf Antrag ein Verfahren in Gang setzt und einen Sachverhalt untersucht, um zu einer Ver-

---

335) BR-Drs. 321/78 = BT-Drs. 8/2136, S. 13.

336) Vorige Fn., S. 16 u. 24.

337) Vgl. zu diesen Begriffen im Rahmen der Fusionskontrolle nur Emmerich V., a.a.O. (Fn. 35), S. 161 ff. m.w.N.

waltungsentscheidung zu kommen[338]. Die Maßstäbe für ein "Aufgreifen" eines von Amts wegen einzuleitenden Verwaltungsverfahrens richten sich regelmäßig danach, ob hinreichender Anlaß für erfolgversprechende weitere Ermittlungen bestehen. Mit dem Begriff "Aufgreifkriterien" kann also im Verwaltungsverfahren der Umfang an Verdachtsmomenten und Sachverhaltskenntnis bezeichnet werden, der vorliegen muß, damit die Behörde Anlaß zur Einleitung eines Verwaltungsverfahrens hat[339]. Gesetzliche widerlegliche Vermutungen haben durchaus einen besonderen Einfluß auf die Frage des Aufgreifens eines Verwaltungsverfahrens, haben dies aber nicht zum Regelungsgegenstand und sind erst recht nicht in ihrem Anwendungsbereich allein auf diese Funktion beschränkt. Wegen ihrer Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren[340] und der Tatsache, daß ihnen häufig Wahrscheinlichkeitsurteile zugrunde liegen[341], wird das Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen regelmäßig ein besonders wichtiges Kriterium bei der Frage sein, ob ein Verfahren aufgegriffen oder weiterermittelt werden soll. So ist beispielsweise bereits das Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen für eine marktbeherrschende Stellung in Verbindung mit einem Mißbrauchsvorwurf Anlaß genug, um Ermittlungen gegen die betreffenden Unternehmen einzuleiten oder weiterzuführen. Dies ist keine Besonderheit der Marktbeherrschungsvermutung, sondern trifft ebenso auf andere gesetzliche widerlegliche Vermutungen zu, wobei nur etwa die Bedeutung der Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB oder 891 BGB für die Ermittlungen gegen einen Zustands-

---

338) §§ 22 Abs. 1 S. 1; 24 Abs. 1 S. 2; 51 VwVfG; vgl. Stelkens/Bonk/Leohnhardt, a.a.O. (Fn. 223), § 51 Rdn. 1 f. Speziell für den Bereich des Kartellrechts vgl. Albrecht W., Auskunftsersuchen in Verfahren nach § 22 ff. GWB, WuW 1982, S. 836 ff., insbes. S. 841 ff. hinsichtlich des Anfangsverdachtes und des "Umfangs" der Auskunftsverlangen m.w.N. aus der Rspr.

339) Vgl. hierzu näher Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 247 m.w.N.

340) Hierzu näher unten S. 144 ff.

341) Hierzu näher oben S. 117, 124 ff. m.w.N.

störer im Polizei- und Ordnungsrecht erwähnt werden soll. Dies ändert aber nichts an der rechtlichen Qualifizierung der gesetzlichen widerleglichen Vermutung als besondere Beweislastnorm. Die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB bilden insofern keine Ausnahme und sollen dies auch nach der Intention des Gesetzgebers nicht, der die Vermutungen als Entscheidungsnormen für den Fall verstanden wissen wollte, daß das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung weder festgestellt noch ausgeschlossen werden kann[342]. Auch die Ausführungen des Rechtsausschusses und des Wirtschaftsausschusses bestätigen dieses trotz der offensichtlichen Unsicherheiten, da unabhängig von dem zunächst verwendeten Begriff des "Aufgreiftatbestandes" letztlich die Anwendbarkeit der Vermutungen bei einem non-liquet befürwortet wird[343]. Der Begriff des "Aufgreifkriteriums" oder des "Aufgreiftatbestandes" beschreibt also nur eine mittelbare Wirkung der gesetzlichen widerleglichen Vermutung auf das Verwaltungsverfahren. Es ist aber unzutreffend, wenn sich darin seine rechtliche Qualifizierung erschöpfen soll. Die Intention, durch die Qualifikation gesetzlicher widerleglicher Vermutungen als "Aufgreifkriterien" der Durchbrechung der Untersuchungsmaxime begegnen zu wollen, geht im übrigen von falschen Voraussetzungen aus, da die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen die Untersuchungsmaxime

---

342) So zu Recht die allgemeine Meinung in Literatur und Rechtsprechung; s.o.S. 16 ff.

343) So aber Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 614, 616 ff.

nicht zugunsten einer Verhandlungsmaxime durchbrechen und "nur" Auswirkungen auf die Feststellungslast (objektive oder materielle Beweislast) haben[344]. Der Begriff "Aufgreifkriterium" ist somit im Zusammenhang mit gesetzlichen widerleglichen Vermutungen und so auch bei den Marktbeherrschungsvermutungen ohne eigenständige Bedeutung und trägt vielmehr zur Begriffsverwirrung und zum falschen Verständnis der Vermutungen bei.

III. Die außerprozessualen Auswirkungen der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen

1. Der Einfluß auf die Rechtswirklichkeit

Hinsichtlich der außerprozessualen Wirkungen der gesetzlich widerleglichen Vermutungen kann an die Ausführungen zu den Beweislastnormen angeknüpft werden[345]. Die Begünstigung, die der ansonsten "Beweisbelastete" durch die gesetzliche widerlegliche Vermutung im Prozeß erhält, wirkt sich als Reflex auch auf den außerprozessualen Bereich aus und kommt ihm bei der Durchsetzung seiner Rechtspositionen zugute. Auf der anderen Seite wird durch diese Vermutung auch derjenige begünstigt, dem dieses Recht in Wahrheit nicht zusteht. Da zum einen das Beweislastrisiko durch die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen verschoben wird und zum anderen die meisten Vermutungen auf der Lebenserfahrung bzw. auf Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten beruhen[346], haben sie in der Rechtswirklichkeit einen hohen Stellenwert. Für die Inanspruchnahme einer Rechtsposition

---

344) S.o.S. 105 ff., 111 ff., 118 ff.
345) S.o.S. 93 ff.
346) S.o.S. 117, 124 ff. m.w.N.

wird es daher in der Regel genügen, die Vermutungsvoraussetzungen nachzuweisen. Insofern tritt die Vermutung in vielen Fällen an die Stelle des materiell-rechtlichen Grundtatbestandes. Sie erleichtert auf der einen Seite die Durchsetzung bestehender, zementiert aber auf der anderen Seite die unrechtmäßige Inanspruchnahme nicht bestehender Rechte in der Rechtswirklichkeit. Mit den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen hat der Gesetzgeber ein rechtstechnisches Mittel, um die Beweislastfrage differenzierter zu gestalten, als dies durch "einfache" Beweislastnormen, die nach dem "Alles-oder-Nichts"-Prinzip wirken, möglich ist. Durch das Anknüpfen an bestimmte Voraussetzungen, bei deren Vorliegen sich das Beweislastrisiko umkehrt - der Vermutungsbasis - kann er der Beweislastentscheidung mit ihrer potentiellen "Fehlerhaftigkeit" und ihren negativen Auswirkungen auf die Rechtswirklichkeit die Schärfe nehmen. Es soll sich dann "im Zweifel" auch in der Rechtswirklichkeit eine Rechtsposition durchsetzen, für die die Vermutung streitet.

Andererseits besteht allerdings die Gefahr, daß durch die Einführung gesetzlicher widerleglicher Vermutungen die Rechtsstellung dessen, der sich auf eine Vermutung stützen kann, derartig gestärkt wird, daß der durch die Vermutung Belastete seine berechtigten Rechtspositionen in der Rechtswirklichkeit nicht durchsetzen kann. In diesen Fällen kann die Vermutung praktisch zu einer Rechtlosstellung führen. Auf diese Gefahren hat insbesondere Lukes[347)] anläßlich der Reformvorschläge zur Produkthaftung hingewiesen.

---

347) Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 169 ff.; vgl. bereits oben S. 42 f.

2. Die Bedeutung für die Verwaltungsentscheidung

Die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen sind als Beweislastsondernormen auch für die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde im Falle eines ungeklärten Sachverhalts maßgebend[348].

Die gilt -ebenso wie für den Richter im Prozeß - für die am Ende eines Verwaltungsverfahrens stehende Verwaltungsentscheidung im Falle eines non-liquet. Bedeutung haben gesetzliche widerlegliche Vermutungen aber auch für den Anfang des Verwaltungsverfahrens, wenn es um dessen Aufgreifen geht. Auch bestimmen sie häufig den Gang und die Richtung der Ermittlungen. Sie durchbrechen aber nicht die für das Verwaltungsverfahren geltende Untersuchungsmaxime gem. § 24 VwVfG zugunsten einer partiellen Verhandlungsmaxime mit entsprechenden "Beweisführungslasten". Was zu diesem Punkt für den Verwaltungsprozeß festgestellt worden ist[349], gilt uneingeschränkt dem Grunde nach auch für das Verwaltungsverfahren. Dies folgt schon daraus, daß die Vermutungen nur das Beweislastrisiko modifizierend regeln und die Frage der Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen unberührt lassen.

Der Gesetzgeber kann allerdings auch mit der Einführung gesetzlicher widerleglicher Vermutungen eine bessere Durchsetzbarkeit einer Rechtsnorm in der Rechtswirklichkeit und damit praktisch eine Erleichterung der Arbeit der Verwaltungsbehörde bezwecken. In diesem Fall stehen die vom Gesetzgeber gewünschten Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren - wie im Falle der Marktbeherrschungsvermutungen - im Vordergrund. Trotzdem sind die gesetzlichen

348) Vgl. allgemein zu den Beweislastnormen im Verwaltungsverfahren oben S. 105 ff.

349) S.o.S.104 ff.

widerleglichen Vermutungen keine speziell auf das Verwaltungsverfahren bezogenen und nur hierfür geltende Regelungen[350].

Aus Inhalt und Wirkweise der gesetzlichen widerleglichen Vermutung folgt, daß sich die Verwaltung ebensowenig wie das Gericht darauf beschränken darf, nur die Vermutungsvoraussetzungen festzustellen, allein hierzu den Sachverhalt von sich aus aufzuklären und es ansonsten dem von der Vermutung "belasteten" Bürger zu überlassen, Tatsachen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, die die Vermutung widerlegen. Eine solche Handhabung der Vermutung stellt einen Verstoß gegen die Untersuchungsmaxime dar. Die darauf beruhenden Entscheidungen sind schon aus diesem Grunde rechtswidrig. Sie beruhen auf einer nicht hinreichenden Tatsachenbasis ohne Ausschöpfung und Berücksichtigung aller tatsächlichen Gesichtspunkte. Eine entsprechende Verwaltungspraxis kann keinen Bestand haben.

Dies gilt vor allem auch für die Anwendung der Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 Abs. 3 GWB. Es ist rechtlich nicht haltbar, wenn sich die Kartellbehörden auf die Untersuchung der Voraussetzung der die Vermutungsbasis bildenden Marktanteile beschränken und es dann Sache der Unternehmen sein soll, Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sich ergibt, daß der Tatbestand der Marktbeherrschung trotzdem nicht gegeben ist[351]. Ebensowenig beschränkt sich die Untersuchungspflicht der Kartellbehörde darauf, nur allen von den

---

350) Hinsichtlich der unzutreffenden Qualifizierung gesetzlicher widerleglicher Vermutungen als "bloße Aufgreifkriterien" für das Verwaltungsverfahren vgl. bereits oben S. 137 ff.

351) So allerdings die Begründung des Regierungsentwurfe von 1971, BT-Drs. VI/2520, S. 24; Emmerich V., a.a.O. (Fn. 35), S. 180; Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 176 ff.; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 720 f. u. Leo H.,-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 197 ff. sowie WRP 1972, S. 12 ff. begründen ihre verfassungsrechtlichen Bedenken damit. Entsprechendes gilt für die durch die Vierte Kartellnovelle eingeführten weiteren Vermutungen des GWB. In diesem Sinne auch Meier G., a.a.O. (Fn. 35), ZHR 145 (1980), S. 412 ff.

Unternehmen substantiiert vorgebrachten Einwänden nachzugehen[352]. Vielmehr hat die Kartellbehörde bei der Prüfung der Marktbeherrschung trotz Vorliegens der Marktbeherrschungsvermutungen alle relevanten Tatsachen, seien sie von den Unternehmen vorgetragen oder nicht, zu ermitteln. Eine Verbotsverfügung darf nur dann ergehen, wenn entweder eine marktbeherrschende Stellung festgestellt oder diese zwar nicht festgestellt, aber auch nicht ausgeschlossen werden kann[353]. Diese Auffassung hat auch der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 21.2.1978 ("Kfz-Kupplungen") besonders deutlich zum Ausdruck gebracht[354]. Der Kartellamtspraxis ist nicht immer der genaue Umfang ihrer Sachverhaltsaufklärung zu entnehmen. Einerseits betont das BKartA immer wieder die "Erleichterungen der Nachweismöglichkeiten einer marktbeherrschenden Stellung" und die Bedeutung der Vermutungen für die Fälle, in denen Zweifel an der Wesentlichkeit des Wettbewerbs oder der überragenden Marktstellung nicht ausgeräumt werden könnten[355]. Andererseits hebt es ausdrücklich hervor, daß sich eine

---

352) So die Stellungnahme des Wirtschaftsausschusses, a.a.O. (Fn. 32). Ebenso Emmerich V. und Möschel W. (vorige Fn.).

353) So der Rechtsausschuß, a.a.O. (Fn. 31); ebenso das überwiegende Schrifttum, s.o.S. 16, Fn. 38.

354) BGH, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501, LS 1, 1502 f. = BGHZ 71, S. 102 (108). Vgl. auch BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, LS 1, 1753 f. = BB 1980, S. 569 (571). Vgl. hierzu bereits oben S. 119 f. Zur Rspr. im übrigen vgl. oben Fn. 41.

355) Vgl. die Nachweise in Fn. 42.

Widerlegung der vermuteten Marktbeherrschung weder aus den dem KartA vorliegenden Unterlagen noch aus der Prüfung der vorgebrachten Einwände ergeben habe[356]. Allerdings geht aus den kartellbehördlichen Entscheidungen meistens nicht deutlich hervor, ob eine Beweislastentscheidung getroffen wurde oder ob es aufgrund der Gesamtumstände zu einer Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gelangt ist[357]. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, da ohnehin der Rechtsanwender im Einzelfall aufgrund des Feststehens der Vermutungsbasis in Verbindung mit den Gesamtumständen des Einzelfalles zu der Überzeugung vom Vorliegen der vermuteten Tatsache gelangen kann, ohne daß es zu einer Beweislastentscheidung kommt, und es für die Verwaltungsentscheidung unerheblich ist, ob der Sachverhalt positiv festgestellt wird oder aufgrund der Vermutung dieselbe Entscheidung getroffen werden kann. Wegen der schon dargestellten "Besonderheiten der Verwaltungsentscheidung" im Hinblick auf die Ungewißheitsproblematik[358] wird allerdings durch die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen die Tendenz zu einer positiven Sachverhaltsfeststellung verstärkt. Entscheidet die Verwaltung ohnehin oft nach Wahrscheinlichkeitskriterien, so wird sie um so eher zu einer entsprechenden Sachverhaltsfeststellung geneigt sein, wenn für einen Sachverhalt sogar eine gesetzliche Vermutung streitet und diese darüberhinaus auf abstrakten Wahrscheinlichkeitsaussagen bzw. allgemeiner Lebenserfahrung beruht.
Zu einer Feststellung des Gegenteils der Vermutung wird sie unter diesen Umständen nur in seltenen Fällen gelangen. Hinzu kommt, daß sich die Verwaltung zur Verwirklichung der Verwaltungsziele auf der Grundlage der Vermutung verpflichtet fühlt, die Vermutung als

---

356) Vgl. die Nachweise in Fn. 43.

357) Vgl. oben Fn. 44.

358) S.o.S. 106 ff. allgemein. Speziell zur Kartellamtspraxis hinsichtlich der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB s.o.S. 19 f. m.w.N.

"Verwaltungserleichterung" und "Nachweisvereinfachung" auffaßt und einer gerichtlichen Entscheidung wegen der den Bürger treffenden Feststellungslast gelassen entgegensehen kann. Daher besteht die Gefahr, daß die Vermutung in der Praxis an die Stelle des gesetzlichen Tatbestandes tritt und im Ergebnis nicht mehr die Grundnorm, auf die sich die Vermutung bezieht, sondern nur die Vermutung angewendet wird[359]. Dies führt zu einer unzulässigen Beschränkung der Sachverhaltsaufklärung, zu einer Verkürzung der Rechte der davon betroffenen Personen und letztlich zu einer fehlerhaften Rechtsanwendung.

Unabhängig davon beeinflussen die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen das Verhältnis zwischen Staat und Bürger in mehrfacher Hinsicht dadurch, daß sie bei ungeklärtem Sachverhalt eine Entscheidung anordnen, die ansonsten entgegengesetzt ausfallen würde. Zum einen kann die Durchsetzung subjektiver öffentlicher Rechte gefördert werden, weil diese nicht an einer Unaufklärbarkeit des Sachverhalts scheitern, wenn die Vermutungsvoraussetzungen feststehen. Andererseits können diese Vermutungen zugunsten der Verwaltungsbehörde wirken, indem sie diese von der ihnen sonst obliegenden Feststellungslast bei Eingriffen in Rechtspositionen der Bürger befreien. Der Verwaltung ist es dann erlaubt, nicht nur dann einzugreifen, wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Eingriffes bewiesen werden können, sondern auch dann, wenn dies zweifelhaft geblieben ist. Dies bedeutet für den von dieser Maßnahme betroffenen Bürger, daß er in diesen Fällen Eingriffe selbst dann zu dulden hat, wenn die materiellen Voraussetzungen nicht vorliegen, dieses aber nicht bewiesen werden kann.

---

359) Hierauf weist besonders Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 85 ff. hin; vgl. zur "Widerleglichkeit der Vermutung" bereits oben S. 113 f.

Auf diese Weise würden durch die Einführung gesetzlicher widerleglicher Vermutungen die Eingriffsmöglichkeiten der Verwaltungsbehörden nicht unerheblich ausgedehnt. Im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wird die materielle Eingriffsnorm, die an das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung anknüpft, durch die von Vermutungen bewirkten "Umkehr der Beweislast" - dem Ziel der Regelung entsprechend - erheblich verschärft. Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und deren gesetzliche widerlegliche Vermutungen verdeutlichen einmal mehr die verfassungsrechtliche Relevanz von Beweislastregelungen, auf die im folgenden näher eingegangen werden soll.

3. Teil: Die verfassungsrechtlichen Grenzen von Beweislastregelungen

Die bisherigen Ausführungen zu den Beweislastnormen und den gesetzlichen widerleglichen Vermutungen haben das Regelungsproblem und die Bedeutung einer Entscheidung bei ungeklärtem Sachverhalt aufgezeigt. Hierbei wurden die immer noch bestehenden Unsicherheiten bei der Behandlung der Ungewißheitsproblematik dargelegt und zugleich verdeutlicht, daß es die Rechtswissenschaft nicht mehr - wie dies bislang überwiegend der Fall gewesen ist - dabei bewenden lassen kann, zu untersuchen und festzustellen, wer die Beweislast im Einzelfall trägt. Je mehr sich der Gesetzgeber der Regelung der Beweislast annimmt und ausdrücklich bestimmt - sei es durch einfache Beweislastnormen oder gesetzliche widerlegliche Vermutungen -, wen das Risiko der Tatsachenfeststellung trifft, desto mehr wird sich die Frage nach den Grenzen stellen, die dem Gesetzgeber auch bei dieser Regelungsmaterie von der

Verfassung gezogen werden. Damit rückt die Frage nach der verfassungswidrigen Beweislastnorm in den Vordergrund. Wie bereits dargelegt[360], ist diesem Problem lange Zeit wenige Beachtung geschenkt worden. Andererseits ist die verfassungsrechtliche Relevanz der Beweislastverteilung in Einzelbereichen durchaus erkannt und erörtert worden[361]. Dies gilt sowohl für die Literatur, als auch für die Rechtsprechung. Daher soll vor der Darstellung eines eigenen Konzeptes zur Annäherung an die hier zu behandelnde verfassungsrechtliche Frage zunächst ein Überblick über verfassungsrechtliche Ansätze in Literatur und Rechtsprechung vermittelt werden.

A. Verfassungsrechtliche Aspekte der Beweislastververteilung im Schrifttum und in der Rechtsprechung

I. Ansätze im Schrifttum

Dem Schrifttum sind in Einzelbereichen durchaus Aussagen zur verfassungsrechtlichen Bestimmung der Beweislastverteilung zu entnehmen. Dabei geht es allerdings überwiegend weniger um die Feststellung der Grenzen des Gesetzgebers oder der Verfassungswidrigkeit einzelner ausdrücklicher Beweislastnormen, als vielmehr um die Frage nach der "richtigen" Verteilung der Beweislast, die teilweise mit Hilfe verfassungsrechtlicher Erwägungen beantwortet werden soll.

1. Zum Strafprozeß

Im Bereich des Strafrechts wird der Beweislastgrundsatz "in dubio pro reo" allgemein anerkannt und überwiegend als verfassungsrechtlich determiniert und verankert angesehen[362]. Der Grund hierfür ist darin zu

---

360) S.o.S. 1 ff.

361) Vgl. die Beispiele oben S. 20 ff., 33 ff.

362) Vgl. nur Stree W., a.a.O. (Fn. 153), passim sowie ferner oben S. 67 f.

sehen, daß der Staat dem Bürger mit dem Strafrecht in besonders einschneidendem Maße gegenübertritt. Zum einen erhebt der Staat dem Bürger gegenüber einen die Sphäre des Ethischen und die Persönlichkeit des Betroffenen berührenden Schuldvorwurf, zum anderen bedeuten die unmittelbaren Rechtsfolgen wie Strafe, Geldstrafe oder gar Freiheitsentzug sowie die mittelbaren weiteren Folgen für das gegenwärtige und insbesondere künftige Leben des Betroffenen besonders schwere Eingriffe [363]. Hinsichtlich des Geltungsbereiches dieses Grundsatzes bestehen allerdings Unsicherheiten und unterschiedliche Ansichten, sobald es über den Bereich des materiellen Strafrechts hinausgeht und es um die Frage der Beweislast z.B. bei Verfahrenseinstellungen, Prozeßvoraussetzungen und -hindernissen, Verfahrensfehlern im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren oder im Strafverfahren, Wiederaufnahmevoraussetzungen, Strafvollstreckungs- und Bewährungsmaßnahmen oder Maßnahmen der Sicherung und Besserung geht[364]. Vor allem Stree hat den Versuch unternommen, die verfassungsrechtlichen Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung der Beweislast und die Möglichkeiten einer Abkehr vom Grundsatz "in dubio pro reo" im Bereich des Strafrechts aufzuzeigen[365]. Dabei kommt er zu Recht zu dem Ergebnis, daß der Grundsatz "Im Zweifel für den Angeklagten" die prozessuale Konsequenz verfassungsrechtlich verankerter Grundregeln sei. Zwar verlange das Gesetzmäßigkeitsprinzip nicht die Einhaltung dieses Grundsatzes vom Gesetzgeber, wohl aber das rechtstaatliche Gerechtig-

---

363) Dies betonen besonders Stree W., a.a.O. (Fn. 155), S. 21 ff.; Leipold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 134; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 91.

364) Vgl. bereits oben S. 67 f. m.w.N.

365) Stree W., a.a.O. (Fn. 155), passim; insbesondere S. 44 ff.

keitsgebot, die Achtung vor der Menschenwürde sowie das Gebot der Rechtssicherheit[366]. Dies gelte in seiner Stringenz allerdings nur für Zweifel bei materiellen Strafvoraussetzungen. Hinsichtlich der Zweifel bei formellen Strafvoraussetzungen sei eine differenzierte Beurteilung angebracht[367], während bei Zukunftsprognosen im Bereich der Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Zwecke, bei der Strafzumessung und im Bereich der Maßregeln der Sicherung und Besserung eine gesetzgeberische Regelung "in dubio contra reum" - anders allerdings als bei Maßnahmen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung - nicht zu beanstanden sei[368].

2. Zum Verwaltungsprozeß

Im Bereich des Verwaltungsprozesses wurde versucht, die umstrittene Frage nach der "richtigen" Verteilung der Beweislast - falls der Gesetzgeber keine ausdrückliche Regelung getroffen hat - mit Hilfe der aus der Verfassung abgeleiteten allgemeinen "Freiheitsvermutung" nach dem Grundsatz "in dubio pro libertate" zu lösen. Danach soll der sich aus einer Gesamtschau der Freiheitsrechte ergebende grundgesetzlich gesicherte Freiheitsraum des Individuums und dessen Vorrang vor der Gemeinschaft nicht nur bei der Verfassungsinterpretation[369] "im Zweifel für die Freiheit" sprechen[370], sondern auch mittelbar

366) Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 44 ff. mit Beispielen.

367) Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 87 ff.

368) Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 119 f.

369) Zu derartigen "normativen Vermutungen" oder "Ausgangsvermutungen" vgl. bereits oben S. 135 ff.

370) Der "Vorrang der Freiheit", der die "Freiheitsvermutung" begründen soll, folgt aus Art. 1; 2 Abs. 1; 20 Abs. 1 u. 3 GG. Hierzu näher unten S. 186 ff.

auf den Bereich des "Tatsächlichen" ausstrahlen und die Konfliktsituation der Entscheidung des non-liquet im Verwaltungsprozeß, in dem sich Staat und Bürger gegenüberstehen, verfassungsrechtlich determinieren[371]. Daraus wird dann gefolgert, daß Eingriffe in die Freiheitsphäre des Individuums nur erfolgen dürften, wenn deren gesetzliche Voraussetzungen auch nachgewiesen worden seien. Umgekehrt trage der Bürger die "Beweislast" für Ansprüche gegen den Staat, die seine Rechtsposition erweitern sollen, was insbesondere bei den sogenannten Sozialansprüchen der Fall sei. Ferner wurde versucht, die wegen der Normentheorie als unbefriedigend empfundenen Ergebnisse unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu korrigieren, wenn bei einer Beweislastentscheidung besonders wichtige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen und ein non-liquet ansonsten zu Lasten des Bürgers gehen würde[372].

---

371) So ausdrücklich z.B. Auer W., a.a.O. (Fn. 7), S. 21, 26, 72 ff. (80, 88); Deppe G., a.a.O. (Fn. 7), S. 64; Gallwas H.-U., Die grundrechtswidrige Beweislastregelung, BayVBl. 1966, S. 311; Grunsky W., a.a.O. (Fn. 114), S. 426 ff.; Isensee J., a.a.O. (Fn. 233), S. 121 ff.; Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 214; Schneider P., a.a.O. (Fn. 174), S. 263 ff., 274 ff.; Stern K., a.a.O. (Fn. 174), S. 150, 157; hierzu näher unten S. 186 ff.

372) Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 193 ff. u. 235 ff.; Bachof O., a.a.O. (Fn. 168), JZ 1966, S. 310 ff.; Dubischar R., a.a.O. (Fn. 135), JuS 1971, S. 394; Gallwas H.U., a.a.O. (Fn. 371), BayVBl. 1966, S. 311; Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 138), § 108 Rdn. 13; Lüke G., a.a.O. (Fn. 86), JZ 1966, S. 591 ff.; Maetzel W.B., a.a.O. (Fn. 168), DöV 1966, S. 522 ff.; Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 213 ff; Rupp H.H., Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85 (1960) S. 301 (318 ff.); Stern K., a.a.O. (Fn. 174), S. 105, 150, 157; Tietgen W., a.a.O. (Fn. 7), S. 40 ff. Im übrigen vgl. zu den Bereichen des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung und des Beamtenrechts oben S. 33 ff. m.w.N.; zu den Ansichten hinsichtlich der Marktbeherrschungsvermutungen vgl. bereits oben S. 20 ff.

3. Zum Zivilprozeß

Im Bereich des Zivilrechts wurden Beweislastfragen unter verfassungsrechtlichem Aspekt im Schadensrecht, vor allem im Arzthaftungsrecht und dem Recht der Produkthaftung erörtert. Tragende Gesichtspunkte sind hierbei, daß die Beweislastregelung zum einen im Ergebnis als eine Frage der Haftungsvoraussetzungen im weiteren Sinne gesehen wird und zum anderen materiell begründete Ansprüche oder Rechtspositionen nicht daran scheitern sollen, daß einer Partei der Beweis für Tatsachen, insbesondere Kausalzusammenhänge aufgebürdet wird, den sie typischerweise nicht erbringen kann[373].

II. Ansätze in der Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung begründet teilweise ihre Ansicht, wie die Beweislast zu verteilen ist, mit verfassungsrechtlichen Erwägungen. Dies gilt vor allem für den Bereich des Verwaltungsprozesses. Aber auch im Zivilprozeß werden Abweichungen von den ansonsten anerkannten "allgemeinen Regeln der Beweislast", die im Wege der richterrechtlichen Rechtsfortbildung vorgenommen werden, teilweise auf Erwägungen gestützt, die einen zumindest mittelbaren verfassungsrechtlichen Bezug haben. Einer besonderen Aufmerksamkeit gebührt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das sich mit der Verfassungsmäßigkeit einzelner Beweislastnormen sowie der Frage der verfassungsrechtlichen Determinierung der Beweislastverteilung in bestimmten Sachbereichen wiederholt zu beschäftigen hatte.

---

373) Für das Arzthaftungsrecht s.o.S. 41 f.; insbesondere Stürner R., a.a.O. (Fn. 111), NJW 1979, S. 2335 ff.; für den Bereich der Produkthaftung s.o.S. 42 f., insbesondere Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 87 ff., 169 ff.

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Bei der näheren Untersuchung der Rechtsprechung des BVerfG findet man zahlreiche Entscheidungen, die sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Beweislastnormen oder der verfassungsrechtlichen Bedeutung einer Beweislastverteilung befassen. Dies sollen die folgenden Beispiele verdeutlichen.

a) Aus der Entscheidungspraxis

Auf eine Verfassungsbeschwerde hin hob das BVerfG einen Auslieferungsbeschluß wegen Verletzung des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG auf, da dieser auf einer Verkennung der gesetzlichen Vermutung nach Art. 116 Abs. 2 S. 2 GG beruhe[374]. Nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG darf kein Deutscher an das Ausland ausgeliefert werden. Gem. Art. 116 S. 2 GG gelten frühere deutsche Staatsanghörige als nicht ausgebürgert, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen und nicht einen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben. Nachdem das BVerfG zunächst die Dominanz der Amtsaufklärung betont[375], führt es zur Frage, wer die Beweislast trägt, wenn der Wille des Auszuliefernden, als deutscher Staatsangehöriger behandelt zu werden, nicht feststellbar ist, aus, daß Art. 116 Abs. 2 S. 2 GG an die Begründung eines Wohnsitzes in Deutschland nach dem 8. Mai 1945 die Vermutung knüpfe, daß der Betroffene auch den Willen habe, deutscher Staatsangehöriger zu sein. Diese gesetzliche Vermutung sei nur widerlegt, wenn ein "entgegengesetzter Wille" des Betroffenen festgestellt werden könne[376]. Dieser "entgegengesetzte Wille" müsse,

374) BVerfGE 8, S. 81 ff. (86 f.).
375) BVerfGE 8, S. 81 (84), st. Rspr.
376) BVerfGE 8, S. 81 (86 f.).

solle er aus einem schlüssigen Verhalten gefolgert werden, angesichts der zugunsten der Wiedergutmachungsberechtigten erklärten gesetzlichen Vermutungen in diesem Verhalten völlig zweifelsfrei kundgetan worden sein[377]. Im Gegensatz dazu müsse bei Personen, denen in den Jahren 1933 - 1945 die deutsche Staatsangehörigkeit zwangsweise verliehen worden sei und die auch nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches noch als deutsche Staatsangehörige gelten wollen, feststehen, daß sie nach 1945 ständig den Willen bekundet haben, als deutsche Staatsangehörige behandelt zu werden[378].

Im Auslieferungs- und Asylrecht hat sich das BVerfG mehrfach mit Beweislastproblemen und der Frage einer Entscheidung bei ungeklärtem Sachverhalt befaßt. Wiederholt wird hervorgehoben, daß dem Betroffenen im Auslieferungsverfahren keine Beweislast obliege, wenn er auch gehalten sei, bei der Sachverhaltsaufklärung nach seinen Möglichkeiten mitzuwirken. Vielmehr hätten grundsätzlich die zur Entscheidung über die Auslieferung zuständigen Stellen ihrerseits für die erforderliche Sachverhaltsaufklärung auch bezüglich der Gefahr drohender politischer Verfolgung zu sorgen[379]. Besonders der Beschluß vom 14.November 1979 betont

---

377) BVerfGE 8, S. 81 (87).

378) Vgl. BVerfGE 1, S. 322 (331); 2, S. 98 (99); 4, S. 322 (329 ff.).

379) BVerfGE 8, S. 81 (84); BVerfGE 15, S. 249 (253); BVerfG, Beschl. v. 14.11.1979, NJW 1980, S. 516 (518).

die Geltung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Grundrechte im jeweiligen Verfahren - hier des Asylrechts des politisch Verfolgten nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG[380]. Ferner sei bei einer vorhergehenden Anerkennungsentscheidung eines Partnerstaates der Genfer Konvention, die das Ziel habe, den Flüchtlingen in allen Vertragsstaaten einen möglichst einheitlichen Rechtsstatus zu verschaffen, von der Vermutung auszugehen der anerkennende Staat habe nach sorgfältiger Prüfung eine Asylberechtigung bejaht[381].

Einen für die Praxis nicht zu unterschätzende Bedeutung kommt dem Beschluß vom 2. Juli 1980 zu[382]. Nach Betonung der Schwierigkeit der Ermittlung der rechtserheblichen Tatsachen führt das BVerfG aus, es komme bei der Frage der Asylvoraussetzungen zwar auf den Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Tatsachenentscheidung an. Frühere Verfolgungsmaßnahmen müßten aber berücksichtigt werden, weil dem Asylsuchenden, der das Schicksal einer Verfolgung schon einmal erlitten habe, das Risiko einer Wiederholung nicht aufgebürdet werden dürfe. Dies sei mit Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG nicht zu vereinbaren, es sei denn, er könne vor erneuter Verfolgung hinreichend sicher sein[383]. Das Beweislastrisiko wird hier eindeutig der Anerkennungsbehörde auferlegt.

---

380) NJW 1980, S. 516 (518).
381) NJW 1980, S. 516 (518).
382) NJW 1980, S. 2641 ff.
383) NJW 1980, S. 2641 (2642).

In einer weiteren Entscheidung beschäftigte sich das BVerfG[384] mit der Verfassungsmäßigkeit des § 23 des Wirtschaftsstrafgesetzes vom 26. Juli 1949[385]. Nach dieser Norm konnte gegen Inhaber oder Leiter eines Betriebes bei einer Zuwiderhandlung gegen Bestimmungen dieses Gesetzes in diesem Betrieb wegen Verletzung der Aufsichtspflicht eine Geldbuße auch dann festgesetzt werden, wenn der Inhaber oder Leiter oder der zur gesetzlichen Vertretung Berechtigte nicht nachwies, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt hatte, um die Zuwiderhandlung zu verhüten. Diese "Beweislastumkehr" wurde vom Beschwerdeführer im Hinblick auf die Art. 1 Abs. 1 und 2; 2; 12 und 103 Abs. 2 GG gerügt. Das BVerfG führte hierzu aus, daß es im modernen Strafrecht selbstverständlich sei, daß dem Täter Tat und Schuld nachgewiesen werden müsse. Andererseits widerstreite nicht jede Form einer "Schuldvermutung" rechtstaatlichen Grundsätzen. Es komme auf die Gestaltung des gesetzlichen Tatbestandes im Einzelfall an[386]. Der Rechtssatz "in dubio pro reo" gelte auch im Ordnungswidrigkeitenrecht. Es entspreche rechtstaatlichem Denken, daß die Verwaltungsbehörde die Tatsachen einwandfrei feststelle, die nach ihrer Ansicht den Tatbestand erfüllten und den Schuldvorwurf begründeten. Verbleibende Zweifel müßten grundsätzlich zugunsten des Betroffenen wirken[387].

---

384) BVerfGE 9. S. 151 ff.
385) WiGBl. S. 193.
386) BVerfGE 9, S. 151 (169).
387) BVerfGE 9, S. 151 (170).

Trotzdem sah sich das BVerfG nicht veranlaßt, die mittlerweile außer Kraft getretene Vorschrift noch nachträglich für verfassungswidrig zu erklären. Es begründet dies vor allem damit, daß der gesetzliche Tatbestand nicht rechtsstaatswidrig sei, weil er etwa dem Betroffenen Unzumutbares auferlege. Es werde nicht schlechthin ein ordnungswidriges Verhalten vermutet, sondern es müsse im Betrieb eine bestimmte Zuwiderhandlung begangen worden sein. Für diese spreche dann eine gewisse tatsächliche Vermutung, daß der Inhaber oder Leiter des Betriebes von ihr Kenntnis gehabt, sie mindestens durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht nicht verhindert, also ermöglicht und verschuldet habe. Deshalb sei es nicht unbillig, wenn der Verwaltungsbehörde gestattet werde, zunächst abzuwarten, was der Inhaber oder Leiter zur Entlastung vorbringe, ehe sie selbst diesbezügliche Nachforschungen anstelle. Ferner sei es für den Inhaber oder Leiter leichter nachzuweisen, daß er das in seinem Betrieb konkret Erforderliche veranlaßt habe, als es für die Verwaltungsbehörde wäre, zu beweisen, was in einem ihr zunächst fremden Betrieb hätte geschehen müssen[388]. Weiter handele es sich bei der Verbotsnorm um eine reine Ordnungswidrigkeit, bei der der Schuldvorwurf die Sphäre des Ethischen nicht erreiche. Wenn aber der Bereich der sittlichen Persönlichkeit des Menschen überhaupt nicht berührt würde, so scheide ein Verstoß dieser "Verschuldensvermutung" gegen die Menschenwürde aus[389]. Außerdem sei vom praktischen Standpunkt wichtig, daß kein Verfolgungszwang bestehe, sondern die Verwaltungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheide und es dadurch möglich sei, Härten

---

388) BVerfGE 9, S. 151 (170 f.).
389) BVerfGE 9, S. 151 (171).

zu vermeiden, die sich bei einer Abweichung vom Grundsatz "in dubio pro reo" aus dem Legalitätsprinzip ergeben könnten[390]. Letztlich beruft sich das BVerfG auf die geschichtliche Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts, das aus praktischen Gründen und der Lebenserfahrung entsprechend in einer Reihe von Vorschriften dem Inhaber oder Leiter eines Betriebes entsprechende Nachweise auferlege, die insgesamt nicht als Fremdkörper im Strafrecht empfunden worden seien. Entsprechend den später aufkommenden rechtsstaatlichen Bedenken gegen solche "Regelungen der Beweislast" seien die Vermutungstatbestände immer mehr beseitigt worden. Dies bedeute aber nicht, daß die frühere Fassung geradzu als rechtsstaats- und daher verfassungswidrig bezeichnet werden müsse. Mit der gleichen Begründung wurde auch die Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 2 Reuegeldgesetz[391] festgestellt[392]. Nach dieser Vorschrift konnte von der Verwaltungsbehörde ein Reuegeld festgesetzt werden, wenn der Inhaber einer Einfuhrgenehmigung diese nicht oder nicht vollständig ausnutzte, wobei dem "Reuepflichtigen" der Nachweis auferlegt wurde, daß er die Nichtausnutzung nicht zu vertreten hat.

Eine verfassungskonforme Auslegung des § 1 NAG[393], die für die Frage der Beweislastverteilung von Bedeutung ist, nahm das BVerfG bei der Prüfung dieser Norm an der Freizügigkeitsgarantie des Art. 11 GG vor[394]. Nachdem sich das BVerfG für die grundsätzliche

---

390) BVerfGE 9, S. 151 (172 f.).

391) Gesetz gegen unbegründete Nichtausnutzung von Einfuhrgenehmigungen vom 27. Dezember 1951 (BGBl. I S. 1005).

392) BVerfGE 9, S. 137 ff.

393) Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 22. August 1950 (BGBl. S. 367).

394) BVerfGE 2, S. 266 ff. = NJW 1953, S. 1057 ff.

Zulässigkeit eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt ausspricht[395], betont es unter Hinweis auf vergleichbare Einschränkungen bei der Bekämpfung einer Seuchengefahr, daß Art. 11 GG für Einschränkungsmaßnahmen nicht die Regelungsform einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt verlange und dies durch § 1 NAG ins Gegenteil verkehrt werde. § 1 NAG habe daher nur den Charakter einer unerläßlichen Verfahrensnotwendigkeit, bedeute keine Freiheitsentziehung und verlange, bei richtiger Handhabung, daß in jedem einzelnen Fall zu prüfen sei, ob einer der in Art. 11 Abs. 2 GG genannten Gründe vorliege, welcher die Einschränkung dieses Grundrechts rechtfertige[396]. Aus dieser Auslegung folgert das BVerwG, daß sich auch die Beweislastverteilung eindeutig aus Art. 11 Abs. 2 GG ergebe[397]. Die Aufenthaltserlaubnis dürfe nur verweigert werden, wenn einer der Versagungsgründe des Art. 11 Abs. 2 GG vorliege, und sie müsse erteilt werden, wenn ein Versagungsgrund nicht festzustellen sei. Da sich bei der Versagung der Erteilung die Behörde auf eine Ausnahmevorschrift stütze, gingen etwaige Ungewißheiten zu ihren Lasten.

Auf die Frage nach der richtigen Beweislastverteilung im Rahmen der Anerkennungsverfahren für Kriegsdienstverweigerer ist bereits eingegangen worden[398]. Zu den Grenzen einer gesetzlichen Regelung des Anerkennungsverfahrens im Hinblick auf den Nachweis der Verweigerungsgründe hat sich das BVerfG mit aller Deutlichkeit dahingehend geäußert. Die Wehrgerechtig-

---

395) BVerfGE 2, S. 266 (279f.).
396) BVerfGE 2, S. 266 (279 ff.).
397) BVerwGE 5, S. 31 ff. = NJW 1957, S. 1488 ff.
398) S.o.S. 33 ff. m.w.N.

keit fordere : von jeder gesetzlichen Regelung nach Art. 12 a Abs. 2 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG, daß nur solche Wehrpflichtige als Kriegsdienstverweigerer anerkannt würden, bei denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden könne, in ihrer Person seien die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG erfüllt[399]. Es stützt seine Meinung vor allem darauf, daß die allgemeine Wehrpflicht Ausdruck des allgemeinen Gleichheitsgedankens sei, ihre Durchführung unter der Herrschaft des Art. 3 Abs. 1 GG[400] stehe und Ausnahmen hiervon nur gestattet werden dürften, wenn diese hinreichend sicher erkennbar vorlägen. Das Spannungsverhältnis zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und der Bedeutung der Wehrgerechtigkeit solle dadurch gelöst werden, daß Erklärungen der Bürger über ihr Gewissen und den daraus folgenden Verhaltensgeboten nicht von vorneherein mit der Unterstellung der Unwahrhaftigkeit begegnet werden dürfe, andererseits aber die gesetzlichen Regelungen ausschließen müßten, daß der wehrpflichtige Bürger den Wehrdienst nach Belieben verweigern könne. Je bedeutsamer für die Allgemeinheit und belastender für den Einzelnen jedoch die Gemeinschaftspflicht der Wehrpflicht sei, mit der die vorgetragene individuelle Gewissensentscheidung in Konflikt gerate, um so weniger könne der die Erfüllung einer Pflicht für die Gemeinschaft fordernde Staat darauf verzichten, im Rahmen des Möglichen die in Anspruch genommene Gewissensposition festzustellen. Mit diesem Beschluß hat das BVerfG nicht nur die

---

399) BVerfGE 48, S. 127 (insbes. LS 7 und S. 168 ff.). = NJW 1978, S. 1245 ff.

400) Vgl. hierzu bereits BVerfGE 38, S. 154 (167) = NJW 1975, S. 439 ff.

bisherige Praxis der Anerkennungsverfahren in Form der Rechtsprechung des BVerwG[401], die letztlich dem Kriegsdienstverweigerer die Feststellungslast für das Vorliegen von Gewissensgründen auferlegt, als verfassungsmäßig bestätigt, sondern auch dabei dem Gesetzgeber klare Grenzen bei der Ausgestaltung des Anerkennungsverfahrens, insbesondere auch hinsichtlich der Regelung der Beweislast gesetzt.

Auf die verfassungsrechtlichen Aspekte der Frage, wer die Beweislast für die sogenannte "Verfassungstreue" von Beamten und Beamtenanwärtern zu tragen hat, wenn hieran Zweifel bestehen und ob dabei die Mitgliedschaft des Betroffenen in einer verfassungsfeindlichen Partei angeknüpft werden darf, ist bereits eingegangen worden[402]. Dem BVerfG kommt es bei dieser Problematik vor allem auf eine Einzelfallbetrachtung an, die es verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen ließe, wenn ein Gesetz allgemein zwingend vorschriebe, daß einzelne Verhaltensweisen[403] die Gewähr des Bewerbers, er werde jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung eintreten, ausschlössen[404]. Andererseits solle das Erfordernis der Verfassungstreue ernst genommen werden und darauf geachtet werden, daß niemand Beamter werde, der die Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 5 GG nicht erfülle[405].

---

401) Hierzu näher unten S. 174 f.

402) Vgl. oben S. 36 ff.

403) Hierzu gehört z.B. die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation.

404) BVerfGE 39, S. 334 (354 f.).

405) BVerfGE 39, S. 334 (352).

Nicht nur im Bereich des öffentlichen Rechts, sondern auch im Bereich des Zivilrechts hatte das BVerfG über die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Regelung der Beweislast zu entscheiden. In seinem Beschluß[406] erklärte das BVerfG die Beweislastregelung des § 45 KO a.F.[407] für verfassungswidrig. Diese Vorschrift besagt, daß der Ehegatte des Gemeinschuldners Gegenstände, die er während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen kann, wenn er beweist, daß sie nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind. § 45 KO a.F. war auch auf den Fall anwendbar, daß der Konkursverwalter Gegenstände, die dem Ehegatten des Gemeinschuldners gehörten, für die Konkursmasse beanspruchte. Das BVerfG hielt die hierdurch hervorgerufene Benachteiligung des von dieser Regelung betroffenen Ehegatten mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar[408]. Zwar widerspreche es nicht in jedem Fall dem Gebot des Ehe- und Familienschutzes, wenn der Staat normalerweise die vorauszusetzende Lebens- und Interessengemeinschaft der Ehegatten und die sich daraus ergebende wirtschaftliche Situation bei einer gesetzlichen Regelung berücksichtige, es bedürfe aber einleuchtender Sachgründe, die erkennen ließen, daß eine für Ehegatten ungünstigere Regelung ihren Grund in der besonderen Situation der Ehegatten habe und deshalb nicht als Diskriminierung der Ehe angesehen werden könne. Diese Voraussetzungen seien im Falle des § 45 KO a.F. nicht gegeben. Dem gesetzgeberischen Ziel, gläubigerschädigende Vermögensverschiebungen vorzunehmen, könne bereits durch die Eigentums-

406) BVerfGE 24, S. 104 ff.

407) Konkursordnung i.d.F. der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 369, 612); geändert durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 (BGBl. I S. 609).

408) BVerfGE 24, S. 104 (108 ff.) m.w.N. der unterschiedlichen Meinungen im Schrifttum.

vermutungen des § 1362 BGB und die Vorschriften über die Konkursanfechtung wirksam begegnet werden. Diese Regelungen enthielten zeitliche und sachliche Begrenzungen, während § 45 KO a.F. nicht auf das Zusammenleben- und wirken der Eheleute abstelle, sondern allein an die bloße Existenz der Ehe anknüpfe und selbst dann eingreife, wenn die Eheleute zur Zeit des Erwerbs des Gegenstandes getrennt lebten[409]. Den nach § 45 KO a.F. zu erbringenden Nachweis, daß die ihm gehörenden Gegenstände nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben seien, werde der Ehegatte oft nicht führen können, vor allem dann, wenn die Ehe lange bestanden habe und der Erwerb der Gegenstände schon Jahre zurückliege[410]. Dies führe dazu, daß § 45 KO a.F., der ausschließlich die Ehegatten eines Gemeinschuldners belaste, den Gläubigern aber weitergehende Zugriffsmöglichkeiten eröffne, das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 verletze[411].

Von besonderer Bedeutung für die Beweislastverteilung im zivilen Haftungsrecht ist der Beschluß des BVerfG vom 25. Juli 1979 zum Arzthaftungsrecht[412]. Dabei wurde die Rechtsprechung des BGH[413], die in diesem Bereich die gesetzlichen Beweis- und Beweislastregelungen im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung bis hin zur Beweislastumkehr modifiziert hat, bestätigt und verfassungsrechtlich abgesichert[414].

---

409) BVerfGE 24, S. 104 (111); damit werden die Beweislast- und Vermutungsregelungen des § 1362 BGB und des AnfG inzidenter als verfassungsmäßig angesehen.

410) BVerfGE 24, S. 104 (110).

411) BVerfGE 24, S. 104 (112).

412) BVerfGE 52, S. 131 ff. = NJW 1979, S. 1925 ff.; zum Arzthaftungsrecht vgl. bereits oben S. 41 f.

413) Vgl. hierzu bereits die in Fn. 9 angegebene Literatur m.w.N.; z.B. BGH NJW 1979, S. 1933 ff.

414) Trotz der Patt-Entscheidung des BVerfG im konkreten Fall bestand hierüber Einigkeit, ebenso wie über die verfassungsrechtliche Beurteilung im Grundsatz.

Wie schon mehrfach angesprochen[415], erkennt das BVerfG auch für die Frage der "Beweisverteilung" besondere verfassungsrechtlich gebotene Anforderungen an die Handhabung des einschlägigen prozessrechtlichen Instrumentariums durch das Gericht an[416]. Das Rechtsstaatsprinzip gebiete, daß auch im Zivilverfahren der Richter durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung dem materiellen Inhalt der Verfassung, insbesondere den Grundrechten, Geltung verschaffe[417]. In diesem Rahmen habe er für ein gehöriges, faires Verfahren zu sorgen[418]. Hierzu zähle auch eine grundsätzlich faire Handhabung des Beweisrechts, insbesondere der Beweislastregeln, die als Entscheidungsnormen im Schnittpunkt von sachlichem und Verfahrensrecht ständen. Diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen würden allerdings die vom Gesetz vorausgesetzten oder ausdrücklich angeordneten und die von der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelten Regeln über die Behauptungs-, Beweisführungs- und Beweislastverteilung in aller Regel gerecht[419].

Auch in den Entscheidungen zum Mieterhöhungsverfahren nach dem 1. Wohnraumkündigungsschutzgesetz[420] stellt das BVerfG entscheidend auf die Beweisnot des Beweisbelasteten und den untrennbaren Zusammenhang zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht ab[421]. Die Verfahrensvorschriften müßten im Hinblick auf die Grundrechte ausgelegt und angewendet werden. Insbesondere müßten die Gerichte dem aus dem Grundrecht selbst sich ergebenden Anspruch auf effektiven

---

415) Vgl. hierzu auch BVerfGE 42, S. 64 (76 f.) = NJW 1976, S. 1391 ff.; BVerfGE 46, S. 325 (344 f.) = NJW 1978, S. 358 ff.; BVerfGE 49, S. 220 (225 f.) = NJW 1979, S. 534 ff.

416) BVerfGE 52, S. 131 (143 ff.) = NJW 1979, S. 1925 (1927 f.).

417) Vgl. auch BVerfGE 42, S. 64 (73).

418) Vgl. auch BVerfGE 49, S. 220 (225).

419) Hierzu und zum folgenden BVerfGE 52, S. 131 ff. = NJW 1979, S. 1925, 1927 ff.

420) Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum v. 25.11.1971 (BGBl. I S. 1839).

421) BVerfGE 37, S. 132 (145) u. BVerfGE 49, S. 244 (247).

Rechtsschutz Rechnung tragen. Durch die derzeitige Handhabung des Mieterhöhungsverfahrens sei eine gesetzlich zulässige Mieterhöhung nicht mehr gewährleistet. Dies bedeute einen Verstoß gegen Art. 14 GG. Eine Gerichtsentscheidung solle die gesetzliche verfassungsmäßige Interessenabwägung nachvollziehen, die hier wegen der unzumutbaren, zu hohen Verfahrenshürden nicht möglich sei. Dies führe praktisch zu einer Rechtlosstellung und Änderung des materiellen Rechts. Dies bedeute einen Mietstop contra legem und eine Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz und der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.

b) Stellungnahme

Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung hat teilweise recht deutlich zu den verfassungsrechtlichen Bezügen des Beweisrechts und der Beweislastverteilung Stellung genommen. Teilweise handelt es sich dabei um die Überprüfung spezieller Beweislastnormen, in denen der Gesetzgeber die Beweislast abweichend von den "allgemeinen Grundsätzen der Beweislast" geregelt hat[422], teilweise hatte sich das BVerfG mit der Frage der verfassungskonformen Auslegung und Handhabung der Beweislastverteilung durch die Verwaltungsbehörden und Gerichte zu beschäftigen[423]. Aus den Entscheidungen des BVerfG werden verfassungsrechtliche Grenzen erkennbar,

---

422) BVerfGE 9, S. 151 ff. (§ 23 Wirtschaftsstrafgesetz) BVerfGE 9, S. 137 ff. (§ 4 Abs. 2 Reuegeldgesetz); BVerfGE 24, S. 104 ff. (§ 45 KO).

423) BVerfGE 8, S. 81 ff. ("Deutsche Staatsangehörigkeit"); BVerfGE 8, S. 81 ff.; 15, S. 249 ff.; BVerfG NJW 1980, S. 516 ff.; BVerfG NJW 1980, S. 2641 ff. ("Politisches Asyl"); BVerfGE 2, S. 266 ff. ("Freizügigkeit"); BVerfGE 48, S. 127 ff. ("Gewissensgründe"); BVerfGE 39, S. 334 ff. ("Verfassungstreue"); BVerfGE 52, S. 131 ff. ("Arzthaftung"); BVerfGE 37, S. 132 ff.; 49, S. 244 ff. ("Mieterhöhung").

die bei der Regelung und Handhabung der Beweislast bestehen. Diese können teils mittelbar aus den Entscheidungen gefolgert werden, teils wurden sie ausdrücklich vom BVerfG aufgezeigt[424]. Verständlicherweise sind die Begründungen des BVerfG oft auf den Einzelfall abgestellt, es lassen sich aber dennoch Tendenzen, Aussagen und Stellungnahmen grundsätzlicher Art erkennen. Die verfassungsrechtlichen Ansätze sind dabei wie die zu beurteilenden Fälle höchst unterschiedlich.

Für bestimmte Regelungsbereiche wird die Beweislastverteilung unmittelbar aus den dadurch betroffenen Verfassungsnormen abgeleitet. Dies bedeutet, daß jede einfachgesetzliche Beweislastnorm, die nicht diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, verfassungswidrig ist. Als Beispiele können hierzu insbesondere die Entscheidungen zu Art. 116 Abs. 2 S. 2 GG[425], zu Art. 16 Abs. 2 GG[426] und Art. 11 GG[427] genannt werden. Auch aus den Entscheidungen zur Wehrpflichtnovelle 1977[428] und zum Problem der Verfassungsfeinde im öffentlichen Dienst[429] wird deutlich, daß das BVerfG dem Grundgesetz im Einzelfall durchaus zwingende Gebote für eine Tatsachenfeststellung

---

424) so besonders deutlich in BVerfGE 2, S. 266 ff. ("Parteienprivileg"); BVerfGE 39, S. 334 ff. ("Verfassungstreue"); BVerfGE 40, S. 196 ff. ("Gewissensgründe"); BVerfGE 52, S. 131 ff. ("Anrechtbarkeit"); BVerfGE 37, S. 132 ff. u. 49, S. 244 ff. ("Diätenerhöhung"); BVerfGE 24, S. 104 ff. ("Konkursordnung").

425) BVerfGE 8, S. 81 (84) ("Staatsangehörigkeitsvermutung").

426) BVerfG NJW 1980, S. 2641 (2642) ("Politisches Asyl").

427) BVerfGE 2, S. 266 (279 ff.); s.o.S. 160 f.

428) Hierzu und zum folgenden BVerfGE 48, S. 127 (163 f. u. S. 169 ff.) = NJW 1978, S. 1245 ff.; s.o. S. 161 ff.

429) BVerfGE 39, S. 334 (353 ff.); s.o.S. 163.

als Grundlage der Anordnung einer Rechtsfolge entnimmt. So verlangt es von einem Wehrpflichtgesetz, daß nur solche Wehrpflichtige als Kriegsdienstverweigerer anerkannt würden, bei denen die Verweigerungsgründe nach Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG mit hinreichender Sicherheit angenommen werden könnten. Ebenso müsse im Bereich des Beamtenrechts das Erfordernis der Verfassungstreue ernstgenommen und darauf geachtet werden, daß nur derjenige Beamter werde, der diese Voraussetzungen erfülle.

Das BVerfG stellt bei seinen Entscheidungen betont auf den Einzelfall ab und vermeidet es insbesondere, dazu grundsätzlich Stellung zu nehmen, ob im grundrechtsrelevanten Bereich allgemein oder jedenfalls bei Eingriffen in Grundrechte die Beweislast generell die Verwaltung tragen muß. Diese Frage wurde einmal vom BVerwG zwar angesprochen, letztlich aber offen gelassen[430]. Das BVerfG scheint auch eher einer abwägenden und einzelfallbezogenen Betrachtungsweise zuzuneigen. Besonders deutlich kommt diese einzelfallbezogene, differenzierende Auffassung des BVerfG im Beschluß zur Wehrpflichtnovelle zum Ausdruck, wenn es heißt, daß, je bedeutsamer für die Allgemeinheit und belastender für den Einzelnen die Gemeinschaftsverpflichtung Wehrpflicht sei, mit der die vorgetragene individuelle Gewissensentscheidung in Konflikt gerate, um so weniger der Staat darauf verzichten könne, im Rahmen des Möglichen die in Anspruch genommene Gewissensentscheidung festzustellen[431]. Diese Tendenz in der Rechtsprechung des BVerfG deckt sich mit dem Beschluß zur Verfassungstreue der Beamten, in dem betont wird, daß der Staat darauf achten müsse, daß niemand Beamter werde, der diese Voraussetzung nicht erfülle, es aber auf eine Einzelfallbetrachtung ankomme und es verfassungsrechtlich bedenklich sei, wenn ein Gesetz vorschreibe, daß einzelne Verhaltensweisen dies ausschlössen[432]. Daraus läßt sich zum

430) BVerwGE 7, S. 242 (250).
431) BVerfGE 48, S. 127 (LS 7 u. S. 168 ff.).
432) BVerfGE 39, S. 334 (352, 354 f.).

einen eine besondere Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung, zum anderen aber auch ableiten, daß das BVerfG durchaus den Bürger belastende Beweislastnormen im grundrechtsrelevanten Bereich für zulässig hält und diese sogar von Verfassungs wegen erforderlich sein können, wenn sich dies aus einer Abwägung mit anderen Grundrechten oder besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern ergibt. Eine absolute, pauschale Grenze in der Art eines "in dubio pro libertate" oder "in dubio pro auctoriate" lehnt das BVerfG damit ab. Darüberhinaus haben neben den Freiheitsrechten für das BVerfG die Gleichheitsrechte eine besondere Bedeutung. Verfassungsrechtlicher Ansatz ist dabei, daß mit der Normierung besonderer Beweislastnormen in Abweichung von der ansonsten geltenden Beweislastverteilung für die davon Betroffenen eine Ungleichbehandlung vorgenommen wird, die einer hinreichenden Legitimation bedarf[433]. Der gleiche Gedanke liegt auch den Formulierungen zugrunde, in denen das BVerfG eine "Modifikation der Beweislastverteilung bis hin zur Beweislastumkehr" für erforderlich hält[434], da eine "Gleichbehandlung" ungleicher Sachverhalte - hier die besondere, typische Beweisnot - ebenfalls gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Der Beschluß des BVerfG zur Wehrpflichtnovelle beruht ebenfalls auf dem Gedanken der Gleichbehandlung, wobei die besondere Ausformung des Art. 3 Abs. 1 GG in Gestalt der allgemeinen Wehrpflicht und der Wehrgerechtigkeit als tragender Grund herausgestellt wird[435]. Aus dem Gesichtspunkt der Rechtsanwendungsgleichheit darf der Staat nicht darauf ver-

---

433) BVerfGE 24, S. 104 (108 ff.), hinsichtlich Art. 6 GG; vgl. aber auch die Argumentation in BVerfGE 9, S. 151 ff. u. S. 137 ff. hinsichtlich der Schuldvermutungen, wo Art. 3 Abs. 1 GG allerdings nicht ausdrücklich erwähnt wird.

434) BVerfG 52, S. 131 ff. ("Arzthaftung"), allerdings ebenfalls ohne Art. 3 Abs. 1 GG ausdrücklich zu erwähnen.

435) BVerfGE 48, S. 127 (insbes. LS 7 u. S. 168 ff.) = NJW 1978, S. 1245 (1246, 1248).

zichten, die in Anspruch genommene Gewissensentscheidung zu überprüfen und festzustellen.

Unabhängig von den jeweils betroffenen Grundrechtspositionen steht bei den Entscheidungen des BVerfG auch im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Beweislastnormen und der Handhabung der Beweislastverteilung das Rechtsstaatsprinzip in Form der Rechtsverwirklichungsgarantie. Der zentrale Gedanke ist dabei, daß, wie schon an anderer Stelle erwähnt[436], die Beweislastverteilung in einen Rechtsfindungsprozeß eingebettet ist und an dessen Schluß steht. Dieser "Prozeß" muß von Verfassungs wegen darauf angelegt sein, materielle Gerechtigkeit zu gewährleisten. Dies bedeutet, daß das jeweilige Verfahren - ob im öffentlichen Recht oder im Zivilrecht - dazu führt, daß berechtigte Ansprüche durchgesetzt werden können oder - anders ausgedrückt - nicht an den zu hohen Beweisanforderungen scheitern und umgekehrt unberechtigte Ansprüche effektiv abgewehrt werden können. Der in der Entscheidungspraxis des BVerfG in den letzten Jahren immer stärker betonte Gesichtspunkt des untrennbaren Zusammenhanges von materiellem Recht und Verfahrensrecht[437] und der darin zum Ausdruck kommende Gedanke der effektiven Durchsetzung des materiellen Rechts wird auch in fast jeder Entscheidung des BVerfG zu Beweislastfragen besonders hervorgehoben[438]. Dies bedeutet zunächst, daß Beweislastentscheidungen, bei denen die Verwirklichung

---

436) S.o.S. 43 ff.

437) So vor allem BVerfG NJW 1980, S. 516 ff., S. 759 (762 ff.), S. 2641 f.; BVerfGE 52, S. 131 (145, 153) E 49, S. 220 (225); E 46, S. 325 (334 f.); E 42, S. 64 (76 f.); E 37, S. 132 (146 f.); E 37, S. 67 (77); E 35, S. 348 (361), jew. m.w.N.

438) BVerfG NJW 1980, S. 516 (518); BVerfG NJW 1980, S. 2641 (2642); BVerfGE 48, S. 127 (LS 7, S. 168 ff.); BVerfGE 39, S. 334 (352 ff.); BVerfGE 24, S. 104 (108 ff.); BVerfGE 52, S. 131 (145, 153); BVerfGE 37, S. 132 ff.; BVerfGE 49, S. 244 ff.

des gesetzlichen Tatbestandes ja gerade fraglich bleibt und die zu potentiellem "Unrecht" führen, möglichst vermieden werden müssen. In Verfahren mit Geltung der Untersuchungsmaxime mißt das BVerfG daher der Amtsermittlung eine große Bedeutung zu. Es betont immer wieder die besondere Verpflichtung und Verantwortlichkeit der Behörden und Gerichte zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung, damit die entscheidungserheblichen Tatsachen festgestellt werden können[439]. Die gewissenhafte Erforschung des Sachverhalts garantiert in erster Linie eine richtige Entscheidung und sorgt damit für die Durchsetzung des materiellen Rechts. Im Zivilprozeß wird die verfassungsrechtliche Beurteilung von den auf der Geltung der Verhandlungsmaxime beruhenden Auswirkungen der Beweislastregelung für die Darlegungs- und Beweisführungslast bestimmt. Das BVerfG betont in diesem Bereich besonders die Erforderlichkeit, daß die wirkliche Rechtslage nicht an unzumutbaren Beweisschwierigkeiten scheitern dürfe[440].

2. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Auch die nichtverfassungsrechtliche Rechtsprechung hat sich vereinzelt mit verfassungsrechtlichen Aspekten der Beweislastverteilung befaßt. Dies gilt besonders für die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, wenn es um die tatsächlichen Voraussetzungen für Eingriffe des Staates in Rechte der Bürger geht, da hierbei der grundrechtsrelevante Bereich unmittelbar angesprochen wird.

---

439) BVerfGE 8, S. 81 (84); BVerfGE 15, S. 249 (253); BVerfG NJW 1980, S. 516 (518); BVerfG NJW 1980, S. 2641 f.; BVerfGE 9, S. 151 (170 f.); BVerfGE 48, S. 127 (168 ff.); BVerfGE 39, S. 334 (352 ff.).

440) BVerfGE 24, S. 104 (112) ("Konkursordnung"); BVerfGE 52, S. 131 (145 ff.) ("Arzthaftung"); BVerfGE 37, S. 132 (145 ff.) und E 49, S. 244 (249 ff.) ("Mieterhöhung").

a) Aus der Entscheidungspraxis

Dem Art. 11 GG entnimmt das BVerwG[441] dem BVerfG[442] folgend, daß im Rahmen des § 1 NAG der die Aufnahme versagende Verwaltungsakt nur rechtmäßig sei, wenn darin überzeugend begründet werde, daß aufgrund der Ausnahmevorschrift des Art. 11 Abs. 2 GG ein Versagungsgrund entgegenstehe. Da sich die Behörde insoweit auf eine Ausnahmevorschrift berufe, gingen etwaige Ungewißheiten zu ihren Lasten.

In zwei Urteilen beschäftigte sich das BVerwG mit der Frage der Beweislastverteilung bei der Berufung auf eine Wehrdienstbefreiung gem. § 11 Abs. 2 WehrpflichtG[443]. Gegenüber der Meinung, daß es sich bei der Heranziehung zum Wehrdienst um einen Fall der Eingriffsverwaltung handele, so daß die Beweislast für sämtliche Eingriffsvoraussetzungen die Behörde tragen müsse und zu diesen Eingriffsvoraussetzungen auch das Fehlen einer tatsächlichen Voraussetzung des Befreiungstatbestandes gem. § 11 Abs. 2 WehrpflichtG gehöre, vertrat das BVerwG die Auffasssung, daß sich die Beweislastverteilung aus einem Regel-Ausnahme-Prinzip ergebe und daher der Betroffene die Beweislast für die Wehrdienstbefreiung trage. Zwar sei in aller Regel die Annahme gerechtfertigt, daß, wenn über Eingriffakte gestritten werde, die Behörde unterliege, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht festgestellt werden könnten. Die Behörde habe aber nur die Regelvoraussetzungen ihres Eingriffs zu beweisen, demgegenüber der Bürger die tatsächlichen Grundlagen des Ausnahmeanspruchs. Die Befreiung von

---

441) BVerwGE 5, S. 31 (32, 34); E 6, S. 173 (174).

442) BVerfGE 2, S. 266 ff.; hierzu oben S. 160.

443) Urt. v. 20. März 1964, Buchholz BVerwG 448.0 § 11 WehrpflichtG Nr. 10 = FamRZ 1964, 258 ("Findelkindurteil"); Urt. v. 14. Januar 1971, teilweise veröffentlicht in DöV 1971, S. 671.

einer allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht sei nur dann zulässig, wenn der gesetzliche Grund dafür nachgewiesen sei. Diese Entscheidung ist durch das BVerfG[444] bestätigt worden, indem der Vorprüfungsausschuß des BVerfG die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BVerwG vom 14.7.1971[445] wegen Fehlens einer hinreichenden Aussicht auf Erfolg nicht zur Entscheidung annahm mit der Begründung, daß Art. 12 a Abs. 1 GG die allgemeine Wehrpflicht statuiere und es daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, wenn das BVerwG die objektive Beweislast für das Vorliegen eines Befreiungstatbestandes dem Beschwerdeführer auferlege.

In den Kriegsdienstverweigerungsverfahren ließ das BVerwG die Frage der Beweislast zunächst offen und betonte vielmehr, daß das Gericht mit allen Mitteln danach streben müsse, zu den notwendigen Feststellungen zu gelangen, damit die Frage, zu wessen Lasten eine noch bleibende Ungewißheit gehe, nicht gestellt zu werden brauche. Dies müsse auch und gerade gelten, wenn es sich um die Ausübung von Grundrechten handele[446]. Es sei Aufgabe der Gerichte, die Geltendmachung dieser Grundrechte zu schützen. Die Ausübung dieses Grundrechts dürfe nicht an unerfüllbaren Beweisanforderungen scheitern. Dementsprechend setzte es zunächst die Beweisanforderungen herab, ging in der Regel zugunsten des Wehrdienstverweigerers von dessen Glaubwürdigkeit aus und erwog, ob nicht entsprechend den Darlegungen im Urteil BVerwGE 5, 31 (34)[447] gegenüber der Berufung auf ein Grundrecht die Beweislast grundsätzlich die Behörde treffe, ohne dies aber letztendlich zu entscheiden[448]. In späteren Entschei-

444) Beschl. v. 21.5.1971 - 2 BvR 333/71 - nicht veröffentlicht.

445) DöV 1971, S. 671.

446) Hierzu und zum Folgenden BVerwGE 7, S. 242 (248 ff.).

447) Hierzu auch oben S. 173.

448) BVerwGE 7, S. 242 (250).

dungen hielt das BVerwG zwar an dem Grundsatz fest, Grundrechte seien keine Ausnahmerechte[449], meinte aber, daß dem Grundrecht des Art. 4 Abs. 1 GG im Hinblick auf die Befreiung von der allgemeinen Wehrpflicht eine Gewährleistungsschranke innewohne, die vom Kriegsdienstverweigerer fordere, sich umfassend zu erklären, und ihm die Berufung auf dieses Grundrecht versage, wenn er keine Gewissensentscheidung getroffen habe. Insoweit müsse es zu dessen Lasten gehen, wenn die Gewissensgründe nicht nachgewiesen seien[450]. Andererseits versuchte das BVerwG den typischen Nachweisschwierigkeiten des Antragsstellers dadurch zu begegnen, daß es auf die persönliche Glaubwürdigkeit des Kriegsdienstverweigerers abstellt und es für den Nachweis genügen läßt, wenn der Kriegsdienstverweigerer aufgrund der gesamten Beweiserhebung als ehrlicher und glaubhafter Mensch erscheine[451]. Demgegenüber erkennt der später in Wehrpflichtsachen zuständige 8. Senat des BVerwG keinen allgemeinen Erfahrungssatz für die Vermutung der objektiv zutreffenden Darstellung der Gewissensgründe bei einer allgemeinen Glaubwürdigkeit des Antragstellers an, sondern sieht darin lediglich ein Beweisanzeichen unter anderen[452].

---

449) BVerwGE 9, S. 97 (100).

450) BVerfGE 9, S. 97 (LS 3, S. 99 f.); st. Rspr. z.B. BVerwGE 14, S. 146 (150); 30, S. 358 (361); 41, S. 53 (58); diese Rspr. wurde durch den Beschl des BVerfG zur Wehrpflichtnovelle bestätigt, vgl. BVerfGE 48, S. 127, hierzu oben S. 161 ff.; zur Rspr. des BVerwG nach diesem Beschl. vgl. z.B. BVerwG NJW 1978, S. 1277.

451) St. Rspr. des 7. Senats, E 7, S. 242 (249); 9, S. 97 (99); S. 9, 100 (102); S. 14, 146 (147, 150).

452) E 30, S. 538 (360 f.); 41, S. 53, (56, 58) = NJW 1973, 645 ff; bestätigt durch BVerfGE 48, S. 128 (LS 7 u. S. 168 ff.); darauf bezugnehmend BVerwG NJW 1978, S. 1277 f.; zur Rspr. des BVerwG im Wehrpflichtrecht ausführlich Bräutigam H., a.a.O. (Fn. 87), S. 77 ff.; Becker H.J., a.a.O. (Fn. 86), DBVl. 1981, S. 105 ff. zur neueren Rechtsprechung des BVerwG.

Im Rahmen der Problematik der Frage nach der "Verfassungstreue" von Beamten und Beamtenbewerbern ist das BVerwG der Ansicht[453], daß zunächst die Behörde die materielle Beweislast für die Tatsachen trage, auf die sie sich zur Begründung der Zweifel an der Verfassungstreue des Beamten- bzw. Beamtenbewerbers berufe. Dies könne auch bei gebotener Berücksichtigung der Einzelumstände der Beitritt zu einer verfassungswidrigen Partei sein. Diese Zweifel zu zerstreuen sei Sache des Bewerbers, der hierfür die materielle Beweislast trage. Dies ergebe sich aus dem allgemeinen Grundsatz, daß die Unerweislichkeit von Tatsachen, aus denen eine Partei ihr günstige Rechtsfolgen herleite, zu deren Last gehe, es sei denn, daß der Rechtssatz selbst eine besondere Regelung treffe. Insofern steht die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte[454] im Einklang mit der Eintscheidung des BVerfG[455].

Eine in ihren praktischen Konsequenzen nicht zu unterschätzende Abweichung von den ansonsten vom BVerwG vertretenen Beweislastverteilungsregeln machte das BVerwG in einer Entscheidung zur Beweislastverteilung im Rahmen einer baurechtlichen Nachbarklage[456]. Nach der ansonsten vom BVerwG vertretenen Auffassung hätte im Verfahren des die Baugenehmigung aufgrund nachbarschützender Normen anfechtenden Nachbarn die Behörde die Beweislast für die die Baugenehmigung rechtfertigenden Umstände zu tragen, da sie mit der Erteilung

---

453) BVerwG 18, S. 168 (171); BVerwG DöV 1975, S. 421 (423); ferner z.B. BayVGH DVBl. 1978, S. 744 ff.; VGH Bad.-Württ. DVBl. 1978, S. 750 ff.

454) Zur neueren Rspr. vgl. Claußen J., a.a.O. (Fn. 94), ZBR 1980, S. 11; vgl. auch Fn. 3 m.w.N.

455) BVerfGE 39, S. 334 (352 ff.); hierzu oben S. 163.

456) BVerwG DVBl. 1970, S. 62 (64); vgl. hierzu bereits oben S. 75 f. m.w.N.; vgl. ferner zum Sofortvollzug die interessante Entscheidung des BayVGH GewArch. 1980, S. 239 (241).

der Baugenehmigung in die Rechte des Nachbarn eingreift. Abweichend von seiner sonstigen Rechtsprechung führte das BVerwG aus, daß bei einem solchen Verwaltungsakt mit drittbegünstigender Doppelwirkung nicht die Verwaltungsbehörde, sondern vielmehr der Bauherr, der gem. § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen sei, der eigentliche Interessengegner des Nachbarn sei. Nach der Interessenlage ständen sich in diesem Prozeß demnach der die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung angreifende Nachbar und der Bauherr gegenüber, so daß der Nachbar, der sich auf die Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung berufe, das Fehlen der normativen Voraussetzungen der dem anderen erteilten Baugenehmigung beweisen müsse.

b) Stellungnahme

In der Rechtsprechung des BVerwG und entsprechend in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte allgemein sind nur vereinzelt verfassungsrechtliche Erwägungen bei der Beweislastverteilung festzustellen wie in den Fällen des Art. 11 GG und des Art. 4 Abs. 3 GG[457]. Ansonsten wird vereinzelt hervorgehoben, daß es eine mit der Rechtsschutzgarantie nicht zu vereinbarende Überlegenheit der Verwaltung bedeute, wenn die Gerichte in Zweifelsfällen an die Sachverhaltsdarstellung der Behörde gebunden seien[458]. Ferner wird aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, nach dem in Rechte des Bürgers nur auf gesetzlicher Grundlage eingegriffen werden darf, gefolgert, die Verwaltung müsse dann auch das Risiko tragen, wenn bei einer Abwehrklage die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Eingriffs zweifelhaft blieben[459]. Das BVerwG geht aber

457) Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 138), § 108 Rdn. 13 m.w.N.; Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn. 3), § 103 Rdn. 13 und § 86 Rdn. 5; s.o.S. 173, 174 ff.

458) Z.B. BVerwGE 18, S. 168 (173).

459) Z.B. BVerwG DVBl. 1964, S. 438 (440); BVerwG, VerwRspr. 11, S. 282 (286).

nicht so weit, der Verwaltung grundsätzlich die Beweislast aufzuerlegen, wenn allgemein Grundrechte betroffen sind[460]. Dies erscheint folgerichtig, wenn man die Beweislastverteilung ohnehin nach dem Regel-Ausnahme-Verhältnis vornimmt und die grundrechtlichen Gewährleistungen als "Relgeln" angesehen werden, in die nur (ausnahmsweise) auf gesetzlicher Grundlage eingegriffen werden darf. Diese "verfassungsrechtliche" Bestimmung der Beweislastverteilung greift aber nur ein, wenn der Gesetzgeber keine ausdrückliche, möglicherweise andersartige Regelung normiert hat.
Von besonderer Bedeutung ist die Entscheidung des BVerwG zur Beweislastverteilung im Rahmen der baurechtlichen Nachbarklage[461]. Der verfassungsrechtliche Aspekt liegt darin, daß nach Auffassung des BVerwG die die Beweislastverteilung prägende Konfliktsituation zwischen eingreifendem Staat und abwehrendem Bürger nicht greift, wenn dieselbe Handlung - hier die Erteilung einer Baugenehmigung - für den einen eine begünstigende und für den anderen eine belastende Maßnahme darstellt. Der Konflikt liegt in diesem Fall zumindest nicht mehr allein auf der Ebene "eingreifender Staat - abwehrender Bürger", da ein Dritter betroffen ist, der ebenfalls Grundrechtsträger ist. Dies zeigt deutlich, daß, je komlexer und vielschichtiger die Regelungsmaterie im öffentlichen Recht ist und je mannigfaltiger, unterschiedlicher und entgegengesetzter die jeweiligen Interessenlagen der davon betroffenen Grundrechtsträger sind, desto differenzierter sich auch die Beweislastfrage stellen wird. Diese kann dann nicht auf die zwar einfache, aber aus verfassungsrechtlicher Sicht zu pauschale Frontenstellung zwischen eingreifendem Staat und abwehrendem Bürger verengt werden.

---

460) S.o.S. 173 f. Diese Frage wurde in BVerwGE 7, S. 24 (250) aufgeworfen, aber offengelassen.

461) BVerwG DVBl. 1970, S. 62 (64); s.o.S. 75 u. u. 176 f.

3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

a) Aus der Entscheidungspraxis

Auch im Zivilprozeß werden immer häufiger verfassungsrechtliche Aspekte bei der Handhabung des Beweisrechts bis hin zur Beweislastverteilung hervorgehoben. Regelmäßig wird allerdings von den hergebrachten Grundsätzen der Beweislastverteilung ausgegangen, die nur in Einzelfällen modifiziert werden, wobei dann zur Begründung auf Gesichtspunkte der Billigkeit, Zumutbarkeit und der gerechten Interessenabwägung abgestellt wird. Insoweit besteht ein mittelbarer verfassungsrechtlicher Bezug zum Rechtsstaatsprinzip[462]. Insbesondere sind hierbei die Bereiche der Produkthaftung und Arzthaftung zu nennen[463]. Ansonsten geht der BGH ohne weiteres von der Verfassungsmäßigkeit der "allgemeinen Beweislastregeln" aus. Ausdrücklich hat er dies beispielsweise in der "Anastasia-Entscheidung" hervorgehoben[464]. Darin betont der BGH, daß die allgemeine Beweislastregel auch dann gelte, wenn ein Grundrecht im Spiele sei, da dies rechtsstaatlicher Auffassung entspreche, die Grundrechte ausreichend sichere und im übrigen die Möglichkeit der Berufung auf Grundrechte sich für jede Partei leicht ergebe, wodurch dann doch wieder die alte Regel gelten müßte. Wer mit Hilfe eines Zivilprozesses von einem anderen Geld oder geldwerte Leistungen verlange, müsse immer die Voraussetzungen für diesen Anspruch beweisen. Dies gebiete schon der Grundgedanke der Gleichheit aller vor dem Gesetz. Es sei mit einem geordneten Rechtsleben unvereinbar,

462) Vgl. hierzu bereits oben S. 69 ff.

463) Vgl. hierzu bereits oben S. 40 ff. u. 70 ff. m.w.N.

464) Hierzu und zum Folgenden BGHZ 53, S. 245 (IS 1 u. S. 250 ff.) ("Anastasia").

von dem Besitzer eines Vermögens oder Vermögensstückes zu verlangen, daß er dieses Vermögen einem anderen herausgeben müsse, wenn er nicht beweisen könne, daß der Kläger kein Recht auf das Vermögen habe.

b) Stellungnahme

Der BGH hat im Prinzip in Zivilsachen weniger Anlaß, sich mit verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bei der Beweislastverteilung zu befassen als das BVerwG. In Übereinstimmung mit dem BVerfG hält er aber eine Abweichung von den "allgemeinen Regeln des Beweisrechts in Fällen einer "Beweisnot" zumindest für zulässig, wenn nicht sogar im Einzelfall für geboten. Hierzu hat auch das BVerfG Stellung genommen[465]. In der "Anastasia" - Entscheidung[466] kommt andererseits deutlich der Ansatz zum tragen, daß zumindest im Zivilprozeß die Beweislastverteilung nach der Normentheorie als ein Ausdruck von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit und dessen gleichmäßige Anwendung als vom Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gefordert angesehen wird. So wird denn auch allgemein bei der Beantwortung der Frage nach dem Grund dieser Beweislastverteilung darauf hingewiesen, daß ein wirksamer Rechtsschutz die Aufteilung der Beweislast zwischen den Parteien erfordere und dies ein zwingendes Gebot der Gerechtigkeit sei[467]. Interessant ist die Begründung, daß dies auch dann gelte, wenn ein Grundrecht im Spiele sei, da letztlich jede Partei dies für sich geltend machen könne[468]. Dies mag für den in der Entscheidung angesprochenen Fall vermögensrechtlicher Ansprüche richtig

---

465) S.o.S. 165 f.

466) BGHZ 53, S. 245 (LS 1 u. S. 250 ff.).

467) Vgl. nur Musielak H.J., a.a.O. (Fn. 1), S. 356 f. m.w.N.

468) Vgl. S. 179 Fn. 464.

sein, da hier im Ergebnis gleichwertige Grundrechtspositionen betroffen waren, die hinsichtlich der Beweislastfrage nicht ausschlaggebend sein können. Verallgemeinert werden kann dies aber nicht, da sehr wohl auch im Zivilprozeß unterschiedliche Grundrechtspositionen aufeinandertreffen können, die dann auch zu einer differenzierten Beurteilung der Beweislastregelung führen. Ein besonders gutes Beispiel hierfür ist die differenzierte Beweislastverteilung im Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht[469].

III. Folgerungen

Die vorherige Untersuchung zeigt, daß es durchaus Ansätze zu einer verfassungsrechtlichen Beurteilung der Beweislastregelung gibt. Sie macht aber auch deutlich, unter welch unterschiedlichen Gesichtspunkten das Beweislastproblem verfassungsrechtlich gesehen werden kann und wie vielschichtig die dabei aufgeworfenen Fragen sind. Dabei konnten die allerdings oft einzelfallbezogenen Aussagen wichtige Hinweise für die Verbindungslinien zwischen der Regelung und Handhabung der Beweislast und dem Verfassungsrecht geben, wenn sie auch nicht immer einer Verallgemeinerung fähig sind.

Wenn man die verfassungsrechtlichen Aspekte zusammenfassen will, ergeben sich unterschiedliche Ansätze. Zum einen wird - insbesondere im öffentlich-rechtlichen Bereich bei belastenden Maßnahmen - von den von der Beweislastentscheidung betroffenen Freiheitsrechten ausgehend versucht, auch die Frage der Beweislastverteilung von diesen verfassungsrechtlichen Normen aus zu beantworten. Eine solche Methode liegt nahe, da das Verhältnis zwischen Staat und Bürger von den Grundrechten geprägt wird und die dem Staat durch die Grundrechte gezogenen Grenzen auch dann

469) OLG Frankfurt NJW 1980, S. 597 ff. m.w.N. Die differenzierten verfassungsrechtlichen Bezüge der Beweislastverteilung werden hier besonders deutlich.

Geltung beanspruchen, wenn der Staat in spezielle Grundrechtsbereiche eingreifen will und es fraglich bleibt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für den Eingriffstatbestand gegeben sind. Dabei ist zunächst von den speziellen Grundrechtsnormen auszugehen und darüber hinaus zu fragen, ob möglicherweise aus der Gesamtbetrachtung des durch die Freiheitsrechte geprägten Verhältnisses zwischen Staat und Bürger absolute Grenzen dergestalt abgeleitet werden können, daß bei der Berufung auf Freiheitsrechte die Behörde grundsätzlich die Beweislast in Zweifelsfällen tragen muß und jede andersartige Beweislastregelung schon aus diesem Grunde verfassungswidrig ist. Hierbei stellt sich die Frage nach Inhalt und Tragweite des Satzes "in dubio pro libertate" und seines Einflusses auf die Beweislastverteilung.

Neben den Freiheitsrechten werden durch Beweislastregelungen auch die Gleichheitsrechte betroffen, wenn der Gesetzgeber die Beweislastverteilung im Einzelfall oder für bestimmte Fallgruppen oder Regelungsbereiche anders als sonst normiert, da dies eine Ungleichbehandlung bedeutet, die im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einer hinreichenden Rechtfertigung bedarf bzw. bei speziellen Gleichheitsrechten nicht zu einer Diskriminierung führen darf. Der Ansatz einer verfassungsrechtlichen Relevanz von Beweislastnormen hinsichtlich der Gleichheitsrechte wird besonders in dem Begriff "Beweislastsondernorm" deutlich, der immer dann verwendet wird, wenn der Gesetzgeber eine von der sonstigen Beweislastverteilung abweichende Regelung trifft.

Von den durch die Beweislastentscheidung betroffenen Grundrechtspositionen abgesehen sind als weiterer Aspekt die verfassungsrechtlichen Verfahrensprinzipien

in ihren verschiedenartigen Ausprägungen zu nennen. Unter diesem Gesichtspunkt wurde vor allem hervorgehoben, daß die Beweislastverteilung die Verwirklichung von Rechten beeinflußt und daher an dem Verfassungsgebot der Durchsetzung und Bewährung des materiellen Rechts gemessen werden muß. Im Bereich des öffentlichen Rechts wird hiermit das Gesetzmäßigkeitsprinzip und der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, im Zivilrecht das Gebot einer rechtsstaatlichen, fairen Verfahrensgestaltung und Handhabung der Beweis- und Beweislastregelungen angesprochen. Wegen des bei der Beweislastfrage besonders augenfälligen Zusammenhanges von materiellem Recht und Verfahrensrecht sind hierbei auch der von den Grundrechten gestellten Anforderungen an das Verfahrensrecht zu beachten. Besonderer Wert wird darüber hinaus im öffentlichen Recht auf die gewissenhafte Erfüllung des Untersuchungsgrundsatzes gelegt, damit die entscheidungserheblichen Tatsachen festgestellt und eine Beweislastentscheidung, wenn irgend möglich, vermieden wird.

Auf diesen Untersuchungen aufbauend soll nunmehr versucht werden, das Problem der verfassungswidrigen Beweislastnorm umfassender zu analysieren und die verfassungsrechtlichen Grenzen bei der Regelung der Beweislast zu konkretisieren.

B. Verfassungsrechtliche Grenzen für Beweislastregelungen

Nachdem Inhalt und Wirkweise der Beweislastnorm und der gesetzlichen widerleglichen Vermutung dargestellt sowie die in Literatur und Rechtsprechung erkennbar gewordenen verfassungsrechtlichen Aspekte bezüglich des Beweislastproblems aufgezeigt worden sind, soll nunmehr versucht werden, die sich aus der Verfassung ergebenden Grenzen für die Regelung der Be-

weislast umfassender zu untersuchen und eigene Ansätze einer Konkretisierung dieser Grenzen zu entwickeln. Dabei haben die Voruntersuchungen gezeigt, daß von gesicherten Grundlagen hinsichtlich einer verfassungsrechtlichen Beurteilung nicht ausgegangen werden kann. Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil es sich meistens um Einzelfallentscheidungen und spezielle Regelungsbereiche gehandelt hat. Ferner sind die verfassungsrechtlichen Untersuchungen meist oberflächlich und die darauf beruhenden Aussagen sehr pauschal. Es bleiben daher zu viele Fragen offen, als daß die Probleme als gelöst angesehen werden könnten.

Aufgrund der besonderen Stellung der Beweislastnormen im Schnittpunkt zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht ergeben sich für verfassungsrechtliche Ansätze verschiedene Problemkreise, wie bereits aus der Analyse von Literatur und Rechtsprechung ersichtlich wurde. Zum einen kann an die verfahrensrechtlichen Verfassungsprinzipien und -garantien und zum anderen an die durch die materiell-rechtliche Regelung betroffenen Grundrechtsnormen, auf die sich die Beweislastentscheidung bezieht, angeknüpft werden. Da sich die Beweislastnormen rechtstechnisch auf das gerichtliche Verfahren beziehen und sich in ihm unmittelbar auswirken, liegt es nahe, Berührungspunkte zwischen den Beweislastnormen und den verfassungsrechtlichen Verfahrensprinzipien und die sich daraus für eine Beweislastregelung ergebenden Grenzen aufzuzeigen. Wichtiger ist aber der "materiell-rechtliche" Ansatz, der von den durch die Beweislastentscheidung betroffenen Regelungsbereichen ausgeht. Danach sind in erster Linie die von der Beweislastentscheidung betroffenen Verfassungsbestimmungen, also insbesondere die Grundrechte daraufhin zu untersuchen, ob ihnen eine be-

stimmte Beweislastverteilung zu entnehmen ist. Sollte dies der Fall sein, hätte diese verfassungsrechtliche Determination der Beweislastfrage absolute Geltung. Jede entgegenstehende gesetzliche Regelung wäre verfassungswidrig. Insoweit kann von absoluten verfassungsrechtlichen Grenzen gesprochen werden. Bei diesem Ansatz stehen nicht die verfahrensrechtlichen Auswirkungen im Vordergrund, sondern die vom Gesetzgeber getroffene Beweislastentscheidung selbst, durch die insbesondere grundrechtsrelevante Bereiche berührt werden, an deren Schranken sich diese gesetzgeberische Entscheidung messen lassen muß. Die dem Gesetzgeber hierdurch gezogenen Grenzen können im Gegensatz zu den zuvor angesprochenen verfahrensrechtlichen Grenzen als materiell-rechtlich bezeichnet werden.
Diese materiell-rechtliche Sichtweise der Beweislastnormen wird durch die ganz überwiegende Meinung bestätigt, wonach die Beweislastnormen nicht prozessuale Natur sind, weil sie rechtstechnisch unmittelbar die Gerichtsentscheidung bestimmen, sondern demselben Rechtsgebiet angehören wie die Normen, auf die sie sich beziehen[470]. Sie teilen also bei den hier interessierenden materiell-rechtlichen Normen deren Rechtsnatur. So kann z.B. die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung, daß bei ungewissem Sachverhalt dennoch in Rechte des Bürgers eingegriffen werden darf oder eine bestimmte Meinungsäußerung trotz der Beeinträchtigung von Belangen Dritter aufrechterhalten werden darf, auch keine prozeßrechtliche Regelung sein, sondern eine materiell-rechtliche, die sich vor allem an den hierdurch betroffenen Grundrechten messen lassen muß. Darüber hinaus unterliegt die Regelung der Beweislast allen sonstigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die der Gesetzgeber einzuhalten hat, wie z.B. den Bestimmungen über die Gesetzgebungszuständig-

---

470) Vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 177; ausführlich Musielak H.J., a.a.O. (Fn. 1), S. 26 ff. (30) m.w.N.

keit, usw. auf die hier aber nicht näher einzugehen ist.

I. Die Bedeutung der Grundrechte für die Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt

Entsprechend dem materiell-rechtlichen Aspekt einer Beweislastentscheidung soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob den Grundrechten selbst Aussagen hinsichtlich der Frage zu entnehmen sind, wie bei einem ungewissen Sachverhalt entschieden werden muß. Hierbei interessiert insbesondere, ob oder inwieweit das durch das Grundgesetz und die Grundrechte geprägte Verhältnis zwischen Staat und Bürger für bestimmte Fallgruppen die Beweislastentscheidung determinieren kann. In diesem Rahmen ist auf die Aussagekraft der "Freiheitsvermutung" einzugehen, der im grundrechtsrelevanten Bereich eine wesentliche Bedeutung auch für die Beweislastfrage beigemessen wird.

1. Die Bedeutung der "Freiheitsvermutung" für die Regelung der Beweislast

Beweislastentscheidungen betreffen vielfach, insbesondere im Verwaltungsrecht, grundrechtsrelevante Bereiche. Dies wird besonders deutlich, wenn es sich um Tatbestände handelt, die in grundgesetzlich geschützte Freiheitsrechte eingreifen. Daher liegt es nahe, die für diesen Regelungsbereich entscheidende Frage zu untersuchen, ob die Grundrechte einer Regelung der Beweislast durch den Gesetzgeber in der Form Grenzen setzen, daß eine Regelung zu Lasten des Bürgers grundsätzlich verfassungswidrig ist. Diese Frage ist in der Rechtsprechung wiederholt gestellt, aber letztlich nie abschließend beantwortet worden[471]. Im Schrifttum

---

471) S.o.S. 169 u. 174. BVerwGE 7, S. 242 (250) u. E 9, S. 97 (100) (Kriegsdienstverweigerung); E 35, S. 51 (61) (Polizeirecht); E 45, S. 330 (339) (Einstellung in den öffentlichen Dienst); BayObLG BayVBl. 1976, S. 88 f. (Ausländerrecht).

wurde im Rahmen der Frage nach der "richtigen" Verteilung der Beweislast, wenn der Gesetzgeber diese nicht ausdrücklich geregelt hat, unter Berufung auf die Grundrechte der Behörde die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Eingriffstatbestandes auferlegt[472]. Weitergehende Untersuchungen fehlen bislang zu dieser offensichtlich doch entscheidenden Frage. Ausgangspunkt einer solchen verfassungsrechtlichen Determinierung der Regelung der Beweislast ist der innerhalb der Verfassungsinterpretation bedeutende Grundsatz der "Freiheitsvermutung", die auch mit den Worten "in dubio pro libertate" umschrieben wird, und seine mittelbaren Auswirkungen für die Beweislastentscheidung.

a) Der verfassungsrechtliche Ansatz

Die "Freiheitsvermutung" und der Grundsatz "in dubio pro liebertate" haben ihrem Ursprung nach nichts mit dem Problem der verfassungsrechtlichen Determinierung der Beweislastregelung zu tun. Er wird von einem Teil des Schrifttums und der Rechtsprechung als eine bedeutende Auslegungsregel bei der Verfassungsinterpretation mit dem Inhalt verstanden, daß "im Zweifel" der Auslegung der Vorzug zu geben sei, die dem Bürger den größtmöglichen Freiheitsraum belasse[473]. Wenn das Grundgesetz von der "Prädominanz der Freiheit" ausgeht und man dieser Auslegungsregel folgt, so liegt es nahe, mit Hilfe dieses Grundsatzes verfassungsrechtlich auch Zweifelsfragen auf der Ebene des Tatsächlichen zu lösen. Eine Beweislastentscheidung, die in diesem Falle zu treffen ist, könnte angesichts des

---

472) S.o.S. 74 f. m.w.N.

473) Vgl. vor allem Schneider P., In dubio pro libertate, a.a.O. (Fn. 174), passim; Uber G., Freiheit des Berufs, Hamburg 1952, S. 27; vgl. aus der Rspr. BVerfGE 1, S. 303 (306); E 6, S. 55 (72); E 9, S. 1 (39); E 15, S. 275 (281); E 32, S. 54 (71); E 51, S. 97 (100); siehe hierzu bereits oben S. 74 f. u. 152 f.

vom Grundgesetz festgelegten Wertverhältnisses zwischen Bürger und Staat nur so ausfallen, daß tatsächliche Zweifel bei Eingriffen des Staates in Grundrechtspositionen nicht zu Lasten des davon betroffenen Bürgers gehen könnten. Ein staatlicher Eingriff wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen zweifelsfrei erfüllt sind.

Diese Auswirkungen der Freiheitsvermutung auf die Beweislastfrage zeigt sich besonders deutlich im Strafrecht an dem Grundsatz "in dubio pro reo", der als Spezialfall des Grundsatzes "in dubio pro libertate" angesehen wird[474]. Auch im Verwaltungsrecht soll die Freiheitsvermutung die Frage des non-liquet lösen. Eingriffe des Staates sollen als Ausnahmen von der Freiheitsvermutung nur gestattet sein, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen feststehen, umgekehrt sollen Ansprüche des Bürgers, die seine Rechtsstellung erweitern nur zugesprochen werden, wenn deren tatsächliche Voraussetzungen bewiesen sind[475].

b) Stellungnahme

Der Gedanke, mit Hilfe der Freiheitsvermutung auch die Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung der Beweislast bestimmen zu können, ist zunächst beeindruckend. Erkennt man die Freiheitsvermutung als Auslegungsregel an, dann liegt es nahe, diese auch auf tatsächliche Zweifelsfälle entsprechend anzuwenden. Dies drängt sich auf den ersten Blick um so mehr auf, als eine Beweislastentscheidung potentielles Unrecht bedeutet; es kann ja gerade nicht festgestellt werden, ob die tatsächlichen Voraussetzungen einer Eingriffs-

474) Vgl. Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 21 ff. m.w.N.; siehe ferner bereits oben S. 58 u. 150 f. m.w.N.

475) S.o.S. 152.

norm gegeben sind oder der Eingriff letztlich "zu Unrecht" erfolgte und damit eine Verletzung der dadurch betroffenen Grundrechte vorliegt. Die Freiheitsvermutung könnte möglicherweise für diese Fälle der Lösung den Vorzug geben, die eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme des betroffenen Bürgers und damit eine Grundrechtsverletzung in jedem Falle vermeidet. Die Herleitung und Anerkennung einer solchen verfassungsrechtlich begründeten Beweislastregelung ist allerdings erheblichen Bedenken ausgesetzt. Diese ergeben sich aus der Begründung des Grundsatzes "in dubio pro libertate" selbst sowie der undifferenzierten Übertragung dieses Grundsatzes auf den Bereich der Beweislastentscheidung.

So läßt sich der Grundsatz der "Freiheitsvermutung" ohnehin nicht unmittelbar aus dem Grundgesetz ableiten. Er könnte allenfalls mittelbar aus dem Sinngefüge der Grundrechte insgesamt und dem darin zum Ausdruck kommenden Verhältnis zwischen Staat und Bürger geschlossen werden. Bei der Suche nach einer verfassungsrechtlichen Determinierung von Beweislastnormen darf dieser Grundsatz daher nicht ungeprüft übernommen werden. Dies gilt umso mehr, als dieser "Grundsatz" - jedenfalls in seiner Absolutheit - erheblichen Bedenken ausgesetzt ist[476]. Der Ausgangspunkt, daß der Freiheitsvermutung für die Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Bürger und Gemeinschaft der abso-

476) Zur Kritik und Ablehnung der Freiheitsvermutung vgl. z.B. Ehmke H., Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff. (86 ff.); Badura P., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsgerichtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967), S. 382 (403); Häberle P., Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 2. Aufl., Karlsruhe 1962, S. 46 f.; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1957, Vorbem. B XIV 4; Ossenbühl F., Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DöV 1965, S. 649 (658); aus der Rspr. des BVerfG vgl. insbes. E 4, S. 7 (15) und E 28, S. 243 (261).

lute Vorrang zukomme, kann nur für ein Grundrechtsverständnis gelten, das den Menschen als isoliertes, auf sich gestelltes Individuum sieht. Hierbei wird aber zu wenig berücksichtigt, daß - wie das Bundesverfassungsgericht schon im "Investitionshilfeurteil" klar ausgesprochen hat[477] - das Grundgesetz die Spannung zwischen Individuum und Staat im Sinne der Gemeinschaftsgebundenheit und -bezogenheit der Person entschieden hat, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht. Schon von daher ist es nicht gerechtfertigt, alle Zweifelsfragen bei der Verfassungsinterpretation mit dem Satz "in dubio pro libertate" lösen zu wollen.

Kann der Freiheitsvermutung als Auslegungsregel schon kein Absolutheitscharakter zukommen, so gilt dies erst recht für daraus etwa mittelbar zu ziehende Folgerungen für die Beweislastfrage. Auch bei Zweifelsfragen im Tatsächlichen ist verfassungsrechtlich nicht stets eine Entscheidung zugunsten des Bürgers und zu Lasten des Staates geboten. Vielmehr ist auch hier eine differenzierte, auf den Einzelfall bezogene Lösung erforderlich. Eine Interessenabwägung im Einzelfall muß die Frage beantworten, ob etwa der Gesetzgeber daran gehindert ist, bei ungewissem Sachverhalt den Gemeinschaftsinteressen oder den Interessen eines konkurrierenden Grundrechtsträgers den Vorrang zu geben. Insoweit besteht prinzipiell auch kein Unterschied zwischen der Regelung zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Sachverhalte.

Dies wird selbst im Bereich des Strafrechts, in dem die Konfrontation zwischen Staat und Bürger am schärf-

477) BVerfGE 4, S. 7 (15). Vgl. ferner besonders BVerfGE 28, S. 243 (261).

sten ist und der Eingriff des Staates in die Freiheitsrechte des Bürgers am stärksten empfunden wird, anerkannt, auch wenn wegen des Schuldvorwurfes und der besonders gravierenden Rechtsfolgen einer Verurteilung zwar prinzipiell an dem verfassungsrechtlich abgeleiteten Grundsatz "in dubio pro reo" festgehalten wird[478]. Es werden aber durchaus im Einzelfall "Durchbrechungen" anerkannt[479]. Vor allem nimmt die Strinqenz dieses Grundsatzes, sobald über das materielle Strafrecht hinausgehende Bereiche betroffen sind und Gemeinschaftsinteressen auf dem Spiel stehen, die nach einer differenzierten Interessenabwägung für den Fall einer Entscheidung bei ungeklärtem Sachverhalt verlangen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Ungewißheit von vormellen Strafvoraussetzungen, verfahrensrechtlichen Fehlern im Ermittlungsverfahren und Strafverfahren, Wiederaufnahmevoraussetzungen und Prognosen im Rahmen der Strafvollstreckung und Bewährung[480]. Je differenzierter im Einzelfall die Abwägung zwischen den von einer Beweislastentscheidung betroffenen Interessen ist, desto weniger läßt sich mit Hilfe der "Freiheitsvermutung" eine pauschale, vom Grundgesetz zwingend vorgeschriebene Beweislastverteilung feststellen.

Erst recht sind im Verwaltungsrecht differenzierende Lösungen der Beweislastfrage nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten[481]. Diese komplexe und differenzierte Interessenabwägung, die den materiellen Normen des Verwaltungsrechts zugrunde liegt, läßt es zudem oft auch fraglich erscheinen, welches die "freiheitlichere Lösung" einer Beweislastentscheidung ist. Jedenfalls

---

478) Vgl. vor allem Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 21 ff.; s.o.S. 150 ff.

479) S.o.S. 151 m.w.N.; insb. Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 187 ff. Vgl. auch die vorsichtigen Formulierungen des BVerfG in E 9, S. 151 (169) u. E 9, S. 137 ff. Zum Disziplinarrecht vgl. BVerwGE 47, S. 336 (339).

480) S.o.S. 67 f. m.w.N.; Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 87 ff.

481) So auch Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 192; Gallwas H.-U., a.a.O. (Fn. 371), BayVBl. 1966, S. 310 f.

scheint eine "einfache Lösung", die in Fällen der Eingriffsverwaltung dem Staat die Beweislast von Verfassungs wegen auferlegt weder von der Sache noch von den Folgen gerechtfertigt zu sein. So werden beispielsweise im Bereich der Gefahrenabwehr Freiheitsbeschränkungen als unumgänglich angesehen, um höherwertige Indiviual- oder/und Gemeinschaftsgüter zu schützen. Bei einem Eingriff nimmt die Behörde zwar öffentliche Interessen wahr, hinter denen aber Indiviualinteressen stehen, die sich ihrerseits auf Grundrechtspositionen berufen können. Mit dem Schutz dieser als höherrangig bewerteter Rechtsgüter schützt der Gesetzgeber regelmäßig auch die Grundrechtspositionen der Grundrechtsträger, die ansonsten von der gefährlichen Verhaltenseise eines Dritten oder dem gefährlichen Zustand einer Sache betroffen werden. Vielfach erfüllt der Gesetzgeber dadurch sogar eine ihm von der Verfassung auferlegte Pflicht. In diesen Fällen werden - wie auch immer die Beweislast geregelt wird - stets Grundrechtspositionen berührt. Beide Seiten könnten sich dabei auf die "Freiheitsvermutung" berufen. Die Unzulänglichkeit dieses Grundsatzes zur verfassungsrechtlichen Lösung der Beweislastfrage zeigt sich denn auch besonders deutlich in den Fällen, in denen durch einen begünstigenden Verwaltungsakt gleichzeitig Rechtspositionen Dritter betroffen werden. Bei diesen sogenannten drittbegünstigenden Verwaltungsakten mit belastender Doppelwirkung stehen sich der Sache nach Freihehitsrechte zweier Grundrechtsträger gegenüber[482].

---

482) BVerwG DVBl. 1970, S. 62 (64) sowie für das atomrechtliche Genehmigungsverfahren die Anregungen von Mahlmann W., a.a.O. (Fn. 18), S. 286 f.

Können also Grundrechte im Rahmen ihrer Regelungsvorbehalte eingeschränkt oder im Wege einer "praktischen Konkordanz" bei kollidierenden Grundrechten Dritter oder anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten begrenzt werden[483], gilt dies auch für den Regelungsbereich einer gesetzlichen Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt. Ebenso wie bei sonstigen materiellen Regelungen ist eine an den betroffenen Grundrechten orientierte, differenzierte Interessen- und Güterabwägung vorzunehmen. Allein diese Betrachtungsweise entspricht der Wertordnung des Grundgesetzes und dem darin zum Ausdruck kommenden Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft. Die Regelung der Beweislast ist darin eingebettet und stellt keinen Sonderbereich dar, der etwa nur nach dem Grundsatz "in dubio pro libertate" entschieden werden müßte. Die Individual- und Gemeinschaftsinteressen, die z.B. eine Begrenzung eines Freiheitsbe-

---

483) Vgl. hierzu insbesondere BVerfGE 28, S. 243 (261).

reiches oder einen Eingriff in diesen bei feststehendem Sachverhalt zulassen, können ebenso eine entsprechende Entscheidung im Falle eines ungewissen Sachverhaltes rechtfertigen. Die von einer Beweislastentscheidung betroffenen Individual- und Gemeinschaftsinteressen können sogar von Verfassungs wegen fordern, daß z.B. bestimmte Handlungen von Grundrechtsträgern nur erlaubt, bestimmte Anlagen oder Geräte nur genehmigt oder bestimmte Waren nur in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn deren Ungefährlichkeit feststeht. Der verfassungsrechtlich begründete Schutzauftrag des Staates für Leben und Gesundheit seiner Bürger kann soweit gehen, daß das Ungewißheitsrisiko zu Lasten anderer Grundrechtsträger geht, die sich ebenso auf die Grundrechte berufen können. Dabei sei hier nur einmal der Bereich des technischen Sicherheitsrechts allgemein und der Bau und Betrieb gefährlicher Anlagen speziell erwähnt. Bei Zweifeln z.B. an der Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit eines Chemischen Werkes oder Atomkraftwerkes wird grundsätzlich den von den potentiellen Gefahren betroffenen und durch Art. 2 Abs. 2 S. 1; 14 GG geschützten Individualinteressen der Vorzug vor den ebenfalls von einer Beweislastentscheidung betroffenen Grundrechten der Betreiber nach Art. 12 Abs. 1; 14 GG und dem als besonders wichtig anerkannten Gemeinschaftsinteresse einer ausreichenden, sicheren und preisgünstigen Energieversorgung zu geben sein. Dementsprechend wird die Schutzpflicht des Staates in diesem Regelungsbereich besonders betont[484]. Dementsprechend kann

---

484) BVerfGE 49, S. 89 (133 ff.) "Kalkar" = NJW 1979, S. 359 (363); BVerfGE 53, S. 31 (57 ff.) "Mühlheim-Kärlich" = NJW 1980, S. 759 ff. Mattern/Raisch, Atomgesetz, Berlin/Frankfurt 1961, § 1 AtG Rdn. 1; Winters K.P., Atom- und Strahlenschutzrecht, München 1968, S. 15 f. Vgl. hierzu allgemein zur Entwicklung BVerfGE 39, S. 1 (41) "Fristenlösung"; E 46, S. 160 (164) "Schleyer-Urteil".

eine Genehmigung im Hinblick auf das Verfassungsrecht nur erteilt werden, wenn die Ungefährlichkeit der Anlage feststeht, wobei es aber ausreicht, daß der Eintritt von Schadensereignissen nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen ist. Trägt somit der Antragsteller einer atomrechtlichen Genehmigung von Verfassungs wegen die Beweislast für das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen, so wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß diese z.B. mittels gesetzlicher widerleglicher Vermutungen oder der Normierung von Regel- Ausnahmetatbeständen konkretisiert werden und sich daraus eine andere Beweislastverteilung ergibt, wenn der Staat durch diese Regelung nur seiner Schutzpflicht hinlänglich nachkommt. Bei der Rechtspflicht des Staates, auch in diesem Bereich seiner Regelungsaufgabe nachzukommen, kann es sogar aus Gründen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit und im Interesse eines dynamischen Grundrechtsschutzes verfassungsrechtlich gerade sinnvoll sein, sich bei der Verknüpfung zwischen Recht und Technik gesetzlicher widerleglicher Vermutungen zu bedienen, die es dem Recht ermöglichen, technische Normen in die Rechtsordnung einzubeziehen und zugleich mit der jeweiligen technischen Entwicklung Schritt zu halten[485].

485) Hierzu siehe bereits oben S. 38 f., insbesondere Lukes R., a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 77 f.; RTW-Bd. 20, S. 64 ff. Zur verfassungsrechtlichen Problematik näher unten S. 280 ff.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird durch folgende Überlegungen, die den materiell-rechtlichen Charakter der Beweislastregelung herausstellen, zusätzlich bestätigt. Lassen die Grundrechte Einschränkungen, Begrenzungen und Konkretisierungen auf gesetzlicher Grundlage zu Lasten des Bürgers zu, dann muß dies auch für den Regelungsbereich gelten, der sich damit befaßt, wie bei einem ungewissen Sachverhalt zu entscheiden ist und wer die in diesem Fall bestehenden Risiken zu tragen hat. Die Entscheidung, ob z.B. bestimmte Berufe oder Tätigkeiten trotz Ungewißheit hinsichtlich der Eignung der betreffenden Personen ausgeübt werden dürfen, ob bestimmte Anlagen, technische Geräte oder Produkte trotz Ungewißheit hinsichtlich der Ungefährlichkeit gebaut, betrieben oder in Verkehr gebracht werden dürfen oder ob bestimmte staatliche Leistungen nicht erbracht werden sollen, wenn deren tatsächliche Voraussetzungen ungeklärt bleiben, steht den sonstigen Entscheidungen des Gesetzgebers zur Regelung eines Lebenssachverhalts in nichts nach. Die spezielle Regelung einer Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt ist ebenso eine materiell-rechtliche Entscheidung[486]. Diese berührt mit ihrer Rechtsfolgenanordnung die davon betroffenen Grundrechte ebenso wie

---

486) Überwiegende Meinung; vgl. nur BergW., a.a.O. (Fn. 1), S. 177; Kopp F.O., a.a.O. (Fn. 138), § 108 Rdn. 12 m.w.N.; BVerwGE 13, S. 36 (40); E 18, S. 168 (171); Rosenberg/Schwab, a.a.O. (Fn. 2), S. 689 - abgesehen natürlich von hier nicht weiter interessierenden Beweislastnormen, die sich auf verfahrensrechtliche Normen wie z.B. die der Proezßvoraussetzungen beziehen.

der materiell-rechtliche Tatbestand, auf den sie sich bezieht. So wie die Grundrechte und auch die Freiheitsvermutung belastenden Regelungen grundsätzlich nicht entgegenstehen, ist dies bei den Rechtsnormen der Fall, die den Bürger mit dem Ungewißheitsrisiko belasten, also z.B. einen Eingriff zulassen oder eine Genehmigung verweigern, wenn nicht geklärt ist, ob die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind oder nicht. Die Beweislastnorm bzw. die gesetzliche widerlegliche Vermutung ist dann der Tatbestand, der für diesen Fall eine belastende Maßnahme erlaubt oder eine Genehmigung versagt. Diese über den Grundtatbestand hinausgehende, weitere belastende Regelung ist an den davon betroffenen Grundrechten - wie jede sonstige belastende Regelung auch - nach den allgemeinen Grundsätzen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung gesetzlicher Normen zu messen. Besonders deutlich zeigt sich dies, wenn man zum Vergleich Eingriffstatbestände heranzieht, die eine Rechtsfolgenanordnung bei "ungewissem Sachverhalt" treffen, ohne daß die Beweislast geregelt wird. Gemeint sind Tatbestände, bei denen ein ungewisser Sachverhalt, ein Zweifel, ein Verdacht oder eine Befürchtung des Rechtsanwenders als Voraussetzung einer Maßnahme oder eines Eingriffs normiert ist. Diese Tatbestände reichen von vorläufigen Regelungen über Befugnisse zur Effektivierung der Sachverhaltsaufklärung bis hin zu endgültigen Eingriffstatbeständen insbesondere im Rahmen der Gefahrenabwehr[487]. Als Eingriffsvoraussetzung wird teilweise das Bestehen von "Zeifeln" ausdrücklich normiert, wie z.B. bei erkennungsdienstlichen Maßnahmen, teilweise werden bloße "Annahmen", das Bestehen eines "Verdachts" in unterschiedlicher Form oder einer "Gefahr" für ausreichend gehalten[488].

---

487) Vgl. hierzu Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 131 ff.

488) Hierzu ausführlich Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 131 ff. m.w.N. und zahlreichen Beispielen.

Das Ungewißheitsrisiko trägt im Rahmen dieser Eingriffstatbestände der Bürger. Die Maßstäbe einer Vereinbarkeit dieser belastenden Regelungen mit den Grundrechten, können im Grunde keine anderen sein, wenn es um die Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt im Rahmen einer Beweislastnorm geht. Es stellt sich in beiden Fällen die Frage, ob die Grundrechte einer Regelung entgegenstehen, die einen Eingriff auch bei ungewissem Sachverhalt zuläßt.

Ferner ist zu bedenken, daß es bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer belastenden Regelung im wesentlichen auf die Intensität der Belastung ankommt. Unter diesem Aspekt sind den Bürger belastende Beweislastnormen gegenüber belastenden Eingriffstatbeständen differenzierend zu beurteilen. Ohne Zweifel verschärfen belastende Beweislastnormen die jeweilige Eingriffsnorm, auf die sie sich beziehen, da ein Eingriff nicht nur bei Feststehen der Eingriffsvoraussetzungen erfolgen kann, sondern bereits dann, wenn das Gegenteil nicht festgestellt worden ist. Andererseits kann ein solcher Eingriffstatbestand weniger belastend sein als ein anderer Eingriffstatbestand ohne belastende Beweislastregelung. Dies wird besonders deutlich, wenn man die unterschiedlichen Möglichkeiten des Gesetzgebers zur Regelung eines Sachverhaltes betrachtet. So ist z.B. bei abstrakten Gefährdungstatbeständen die Nachweismöglichkeit, daß im konkreten Fall keine Gefahr besteht, von vorneherein abgeschnitten. Demgegenüber hat ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, bei dem die Ungewißheit, ob die Erlaubnisvoraussetzungen gegeben sind, eine geringere Eingriffsintensität. Eine weitere Abschwächung liegt vor, wenn eine Genehmigung auch im Falle der Ungewißheit erteilt werden müßte. Dazwischen

lassen sich an Eingriffsintensität die unterschiedlichsten Vermutungsregelungen denken, bei denen für bestimmte Fallgruppen eine "Gefährlichkeit" oder eine "Ungefährlichkeit" vermutet wird. Den Bürger belastende Beweislastnormen und gesetzlich widerlegliche Vermutungen sind daher unter dem Aspekt der Freiheitsvermutung "in dubio pro libertate" verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht bedenklich, oder gar unzulässig, sondern müssen - wie jede sonstige belastende Regelung auch - daraufhin geprüft werden, ob die davon betroffenen Grundrechte diesen Eingriff, diese Grundrechtsbegrenzung oder Grundrechtskonkretisierung noch decken.

c) Folgerungen

Die zuvor dargestellten Überlegungen haben gezeigt, daß sich die verfassungsrechtliche Beurteilung der Entscheidung bei ungeklärtem Sachverhalt nicht pauschal nach dem Grundsatz "in dubio pro libertate" richtet. Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Beweislastregelung ist nur anhand einer umfassenden, einzelfallbezogenen Prüfung zu beantworten. Dies gilt für jede Beweislastregelung, sei es, daß es sich nach der herkömmlichen Terminologie um eine den Bürger belastende, sei es, daß es sich um eine den Bürger begünstigende Regelung handelt, und für jeden Rechtsbereich, also nicht nur im öffentlichen Recht, sondern auch im Zivilrecht. So selbstverständlich wie auch zivilrechtliche Regelungen grundrechtsrelevante Bereiche betreffen und auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden müssen, ist dies für die Beweislastnormen der Fall, die sich auf diese Tatbestände beziehen. Zu Recht sind daher auch zivilrechtliche Beweislastnormen auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft oder unter diesem Aspekt kritisiert worden, wie dies aktuell bei der Diskussion um die Be-

weislastverteilung im Arzthaftungsrecht und bei der Reform der Produkthaftung zum Ausdruck gekommen ist[489]. Das Problem der verfassungswidrigen Beweislastnorm ist nicht auf den öffentlich-rechtlichen Bereich beschränkt, wie dies oft den Anschein hat.

Bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Beweislastnorm kommt es daher auf eine Einzelfallprüfung an[490]. Dabei könnten für einzelne Regelungsbereiche der Verfassung durchaus die Beweislastentscheidung prägende, wenn nicht sogar determinierende Bestimmungen entnommen werden. Bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Beweislastnorm ist somit zunächst der Frage nachzugehen, ob die von dieser Regelung betroffenen Verfassungsnormen Bestimmungen für eine Entscheidung bei ungeklärtem Sachverhalt enthalten. Es ist also durchaus möglich, daß die Verfassung für einzelne Regelungsbereiche hinsichtlich der Frage, wie bei einem ungewissen Sachverhalt entschieden werden soll, Aussagen enthält oder zumindest die Richtung weist, welcher Lösung der Vorzug zu geben ist oder an welche weiteren Voraussetzungen zum Beispiel eine Regelung geknüpft werden muß, damit auch im Falle eines ungewissen Sachverhalts eine Entscheidung zu Lasten eines Grundrechtsträgers gefällt werden kann.

---

489) S.o.S. 40 ff.; zum Arzthaftungsrecht s.o.S. 165 f.; insbes. BVerfGE 52, S. 131 ff. = NJW 1979, S. 1925 ff.; zur Produkthaftung insbes. Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 237 ff., 266 ff. Zur verfassungsrechtlichen Problematik zivilrechtlicher Beweislastnormen vgl. im übrigen BVerfGE 24, S. 104 (108 ff.), zu § 45 KO a.F., s.o.S. 164 f.; ferner BVerfGE 37, S. 132 ff.; E 49, S. 244 ff. zum Mieterhöhungsverfahren, s.o.S. 166 f.

490) Ansätze in dieser Richtung finden sich bei Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 192 ff. u. 218 ff. und Gallwas H.-U., a.a.O. (Fn. 371), BayVBl. 1966, S. 310 f.

Das Grundgesetz enthält zwar keine ausdrücklichen Beweislastnormen, einige Grundrechtsartikel verwenden aber in ihren Regelungsvorbehalten Formulierungen, die für die Grenzen des Gesetzgebers bei der Regelung der Beweislast von Bedeutung sein könnten. Darüber hinaus wird in einigen Bereichen von Literatur und Rechtsprechung die Beweislastverteilung unmittelbar der Verfassung entnommen oder verfassungsrechtlich begründet.

Dies ist bereits bei der verfassungsrechtlichen Problematik im Rahmen der Kriegsdienstverweigerung[491] und des Notaufnahmegesetzes[492] dargelegt worden. In beiden Fällen wurde letztlich den betroffenen Grundrechten ein Regel-Ausnahme-Verhältnis entnommen, das auch bei der einfachgesetzlichen Regelung der Beweislast als verfassungsrechtlich relevant angesehen wurde. In den Entscheidungen zu Art. 11 GG wurde dies besonders deutlich dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der die Aufnahme versagende Verwaltungsakt nur dann rechtmäßig sei, wenn aufgrund der Ausnahmevorschrift des Art. 11 Abs. 2 GG ein Versagungsgrund entgegenstehe. Die Berufung auf eine Ausnahmevorschrift bedeute, daß etwaige Ungewißheiten zu Lasten der Behörde gingen[493]. Demgegenüber fiel im Rahmen der Kriegsdienstverweigerung eine Argumentation mit einem aus der Verfassung abzuleitenden Regel-Ausnahme-Verhältnis schwer, da sich der Kriegsdienstverweigerer auf das Grundrecht des Art. 4 Abs. 3 GG berufen kann und Grundrechte keine

---

491) S.o.S. 33 ff., 160 ff., 174 ff.; insbesondere BVerfGE 48, S. 127 (LS 7 S. 168 ff.).

492) S.o.S. 160 f., 173; insbesondere BVerfGE 2, S. 266 (279 f.); BVerwGE 5, S. 31 (32, 34); 6, S. 173 (174).

493) Hierzu näher oben S. 160 f., 173.

"Ausnahmerechte" sind[494]. Während das BVerwG die Beweislast des Verweigerers auf die immanenten Schranken des Art. 4 GG stützte[495], hob das BVerfG unter Berufung auf Art. 12 a Abs. 2 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG hervor, daß vor allem die Wehrgerechtigkeit verlange, daß Ausnahmen von der allgemeinen Wehrpflicht nur gestattet werden dürften, wenn diese hinreichend sicher erkennbar vorlägen[496]. Damit wird aus der Verfassung gefolgert, daß das Ungewißheitsrisiko unter Berücksichtigung aller Beweisschwierigkeiten und einer dem Antragsteller durchaus wohlwollenden Handhabung des Beweisrechts letztlich diesem auferlegt wird. Den verfassungsrechtlich anerkannten Gemeinschaftsinteressen an einer funktionierenden, ihren Auftrag erfüllenden Bundeswehr sowie dem Grundsatz der Wehrgerechtigkeit wird der Vorrang vor dem Individualinteresse des Antragstellers eingeräumt.

Dieser Rechtsprechung folgend finden sich im Grundrechtskatalog eine Reihe von Normen, die auf ähnliche Weise die Beweislastfrage bestimmen könnten:

Denken wir nur an Art. 6 Abs. 3 GG, nach dem gegen den Willen der Erziehungsberechtigten Kinder nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden dürfen, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen. Art. 6 Abs. 3 GG gestattet dem Gesetzgeber, nur unter den angegebenen Voraussetzungen die Trennung zwischen Eltern und Kindern zuzulassen. Wegen des hierdurch

---

494) So besonders deutlich BVerwGE 7, S. 242 (250); 9, S. 97 (100).

495) BVerwGE 9, S. 97 (100).

496) BVerfGE 48, S. 127 (LS 7 u. S. 168 ff.)

zum Ausdruck kommenden Vorrangs der Einheit der Familie und der Erziehung durch die Erziehungsberechtigten, insbesondere also durch die Eltern, in die nur ausnahmsweise eingegriffen werden darf, liegt es nahe, daß durch ein Gesetz eine Trennung nicht bereits dann erlaubt werden darf, wenn ungeklärt bleibt, ob die von der Verfassung vorgegebenen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind[497].

Nach Art. 9 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Nach Art. 9 Abs. 2 GG sind Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, verboten. Aus der Fassung diese Grundrechtsartikels kann gefolgert werden, daß Vereinigungen nur dann verboten werden dürfen, wenn eine der in Art. 9 Abs. 2 GG aufgeführten Voraussetzungen festgestellt werden kann. Bloße Vermutungen oder einzelne Indizien, die nicht den sicheren Schluß zuließen, daß die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 GG vorlägen, reichen dann nicht aus. Eine Beweislastnorm zu Lasten der Vereinigungen wäre wohl verfassungswidrig.

Ansatzpunkte für eine verfassungsrechtliche Beweislastverteilung enthalten Art. 7 Abs. 4 S. 3 u. 4 GG zu Lasten der privaten Ersatzschulen[498] und Art. 13 Abs. 2 u. 3 GG zugunsten der Unverletzlichkeit der Woh-

---

497) Vgl. BVerfGE 24, S. 139 (142); ferner z.B. Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Bonn/Neuwied 1980, Art. 6 Rdn. 9; Leibholz/Rinck/Hesselbarger, Kommentar zum Grundgesetz anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Aufl., Köln 1975, Art. 6 Rdn. 7 f. m.w.N.

498) So Leibholz/Rinck/Hesselbarger, a.a.O. (Fn. 497), Art. 7 Rdn. 4; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 194; a.A. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86), Art. 7 Rdn. 75.

nung[499]. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG läßt eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zu, so daß die Eigentumsgarantie nur bei Feststehen dieser Voraussetzung zurücktreten soll. Wenn Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt, daß der Verlust der Staatsangehörigkeit nur dann eintreten darf, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird, will der Verfassungsgeber den Verlust der Staatsangehörigkeit nur dann eintreten lassen, wenn feststeht, daß der Betroffene nicht staatenlos wird. Auch die Regelung des Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG, wonach kein Deutscher an das Ausland ausgeliefert werden darf, kann dahingehend verstanden werden, daß feststehen muß, daß derjenige, der ausgeliefert werden soll, auf keinen Fall deutscher Staatsangehörigkeit ist[500]. Wenn letzlich Art. 18 GG die Möglichkeit der Verwirkung von Grundrechten unter der Voraussetzung vorsieht, daß der Grundrechtsträger diese zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, bedeutet dies, daß ein solcher Mißbrauch auch feststehen muß, um eine Verwirkung zu begründen[501].

Bei der Bestimmung von "absoluten" Grenzen für die Regelung der Beweislast muß aber behutsam vorgegangen werden. Allzusehr kann man bei der Verfassungsinterpretation hinsichtlich der Beweislastfrage der Gefahr erliegen, zu schematisch und zu formal die Beweislastentscheidung auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu stützen, wie dies besonders deutlich in den Entscheidungen zu Art. 11 GG zum Ausdruck kommt[502].

---

499) Vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86), Art. 13 Rdn. 19.

500) Vgl. BVerfGE 8, S. 81 (84); hierzu näher bereits oben S. 155 f.

501) Vgl. BVerfGE 38, S. 23 (24); E 11, S. 282 (283).

502) BVerfGE 2, S. 266 (279 f.); BVerwGE 5, S. 31 (32, 39); 6, S. 173 (174); s.o.S. 160 f., 173.

Der Versuch, mit Hilfe dieser für den Zivilprozeß entwickelten Methode zur Aufdeckung von einfachgesetzlichen Beweislastnormen "verfassungsrechtliche" Beweislastnormen festzustellen, ist aber erheblichen Bedenken ausgesetzt. Unabhängig von der zunehmenden und zum Teil berechtigten Kritik, der die Normentheorie ausgesetzt ist[503], handelt es sich um eine Auslegungsregel, die für einfachgesetzliche Normen - speziell für den Zivilprozeß - entwickelt worden ist und in vielfältiger Weise selbst - zum Teil gerade auch aus verfassungsrechtlicher Sicht - modifiziert und durchbrochen worden ist. Von einem "verfassungsrechtlichen" Beweislastprinzip kann dann erst recht keine Rede sein. Andererseits lassen sich, wenn man eine formale Argumentation nach dem Regel-Ausnahme-Prinzip vermeidet, einzelnen Verfassungsnormen durchaus Wertungen entnehmen, ob die von der Verfassung zugelassenen Möglichkeiten zur Begrenzung und Einschränkung von Grundrechten auch für den Fall eines ungeklärten Sachverhaltes gelten. So gesehen bieten die zuvor aufgezeigten Beispiele[504] Anhaltspunkte für eine verfassungsgemäße Beweislastverteilung. Dies schließt allerdings nicht aus, daß für die tatsächlichen Voraussetzungen einzelner Tatbestandsmerkmale in diesen Regelungsbereichen die Beweislast modifiziert wird, wenn dies nur nicht der Wertentscheidung des betroffenen Grundrechts zuwider läuft. So wäre z.B. eine Beweislastregelung durchaus mit Art. 6 Abs. 3 GG vereinbar, die eine Trennung der Kinder von den Erziehungsberechtigten bei

---

503) Dies gilt vor allem für die Bereiche außerhalb des Zivilrechts, hierzu näher oben S. 68 ff. u. 73 ff.

504) S.o.S. 201 ff.

ungeklärtem Sachverhalt zuläßt, wenn nur "die Kinder zu verwahrlosen drohen", wie diese Grundrechtsnorm bestimmt. Zugleich zeigt gerade diese Formulierung, daß das Ungewißheitsrisiko, ob die Kinder tatsächlich verwahrlosen, den Erziehungsberechtigten auferlegt wird. Insofern können zur Konkretisierung des Art. 6 Abs. 3 GG Tatbestände normiert werden, die feststehen müssen, wenn eine Trennung angeordnet werden soll, die wiederum dann nicht auszusprechen ist, wenn besondere Umstände dagegensprechen. Diese Regel-Ausnahme-Tatbestände, gekoppelt mit entsprechenden Beweislastnormen, werden im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 GG grundsätzlich nicht zu beanstanden sein. Es kommt vielmehr auf die konkrete Ausgestaltung an. Dasselbe gilt für das rechtstechnische Mittel einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung zur Konkretisierung des Art. 6 Abs. 3 GG. Auch im Bereich des Art. 11 GG sind vergleichbare, "den Bürger belastende" Beweislastnormen nicht ausgeschlossen. So ist sicherlich eine Beweislastnorm mit Art. 11 GG vereinbar, die z.B. das Risiko der Ungefährlichkeit einer Seuche dem Bürger auferlegt, da eine solche Regelung zur Bekämpfung der Seuchengefahr erforderlich ist und das öffentliche Interesse überwiegt.

Allgemein wird in Fällen eines Normenkonflikts auf Verfassungsebene, den der Gesetzgeber im Wege der "praktischen Kondordanz" zu lösen hat, eine differenzierte Handhabung auch der Beweislastregelung erforderlich sein. Absolute Grenzen können dann weder in der einen noch in der anderen Richtung aufgestellt werden. Vielmehr muß die Entscheidung eines verfassungsgerechten Ausgleichs des Grundrechtskonfliktes unter Einbeziehung der Beweislastregelung differenziert getroffen werden. Auch im Falle der Beweislastregelung

im Rahmen des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung nach Art. 4 Abs. 3 GG handelt es sich um ein im Grundgesetz selbst angelegtes Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung und dem Menschenbild des Grundgesetzes einerseits und der allgemeinen Wehrpflicht und der Wehrgerechtigkeit andererseits[505]. Vor allem ist entsprechend den bereits im Rahmen der Stellungnahme zur "Freiheitsvermutung" dargestellten Grundsätzen[506] eine einzelfallbezogene an den betroffenen Grundrechten orientierte Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der jeweiligen Beweislastregelung vorzunehmen. Pauschallösungen im Sinne eines "in dubio pro libertate" können dem Grundgesetz nicht nur nicht entnommen werden, sondern widersprechen geradezu einer allein verfassungsgemäßen differenzierten Güter- und Interessenabwägung. Der Gesetzgeber kann und sollte sich insbesondere auch im öffentlichen Recht viel mehr des Mittels der Regelung der Beweislast durch ausdrückliche Beweislastnormen zum Zwecke einer angemessenen Konfliktlösung bedienen, als er dies bisher - möglicherweise aus zu Unrecht erwogenen verfassungsrechtlichen Bedenken - getan hat. Dies gilt insbesondere für die noch unbewältigten Regelungsprobleme im technischen Sicherheitsrecht. Hier bieten sich differenzierte Beweislast- und Vermutungstatbestände durchaus an, allerdings unter Beachtung der besonderen verfassungsrechtlichen Problematik[507].

2. Die Bedeutung der Gleichheitsrechte

Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Beweislastnormen haben neben den Freiheitsrechten auch die Gleichheitsrechte besondere Bedeutung. Hierbei

---

505) BVerfGE 48, S. 127 (168 ff.) = NJW 1978, S. 1245 ff.; s.o.S. 161 ff.

506) S.o.S. 188 ff.

507) Siehe hierzu näher unten S. 280 ff.

kommen unterschiedliche Gesichtspunkte zum Tragen.

a) Der verfassungsrechtliche Ansatz

Geht man davon aus, daß sich im Zivilrecht wie im öffentlichen Recht die Verteilung der Beweislast nach den sogenannten "allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung" richtet[508], dann bedeutet jede Abweichung davon zugleich eine Ungleichbehandlung. Diese bedarf nach Art. 3 Abs. 1 GG eines sachlich gerechtfertigten Grundes. Dieser verfassungsrechtliche Aspekt bei der Regelung der Beweislast wird sichtbar, wenn die von den "allgemeinen Grundsätzen der Beweislast" abweichenden Beweislastnormen und gesetzliche widerlegliche Vermutungen als "Beweislastsondernormen" bezeichnet werden[509].

Nähere Aussagen zu diesem verfassungsrechtlichen Ansatz lassen sich in Literatur und Rechtsprechung nur vereinzelt finden. Im "Anastasiafall" führte der BGH unter Hervorhebung der Verfassungsmäßigkeit der "allgemeinen Beweislastregeln" aus, daß der Gesetzgeber schon nach dem Grundgedanken der Gleichheit aller vor dem Gesetz bei den Beweisanforderungen eines Zivilprozesses zur Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche keinen Unterschied nach der Natur des zugrunde liegenden Rechtsgebietes machen dürfe[510]. Das BVerfG stellte den verfassungsrechtlichen Bezug einer Beweislastregelung zum Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. zum Diskriminierungsverbot mehrfach heraus, so in seinen Entscheidungen zu § 45 a.F. KO hinsichtlich Art. 6 Abs. 1 GG[511] und zur Wehrpflichtnovelle[512], wobei die besondere Ausformung des Art. 3 Abs. 1 GG in Form der allgemeinen

---

508) S.o.S. 66 ff. m.w.N.

509) Vgl. z.B. Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 303 ff., 359 ff.; siehe auch oben S. 105 ff.

510) BGHZ 53, S. 245 (250 ff.); s.o.S. 179 f.

511) BVerfGE 24, S. 104 (108 ff.); s.o.S. 164 f.

512) BVerfGE 48, S. 127 (insbes. LS 7 u. S. 168 ff.) = NJW 1978, S. 1245 ff.; s.o.S. 161 ff.

Wehrpflicht und der Wehrgerechtigkeit den tragenden Grund seiner Entscheidung bildet[513]. Des weiteren ist im Schrifttum im Rahmen der Diskussion um die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB von deren Kritikern eine verfassungsrechtliche Bedenklichkeit dieser Beweislastnorm unter anderem darauf gestützt worden, daß die Vermutungen in der Praxis zu einer im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG unzulässigen Gleichbehandlung von marktbeherrschenden und nicht marktbeherrschenden Unternehmen und so zu einer systemwidrigen Verfremdung der Mißbrauchsaufsicht bzw. der Fusionskontrolle führten[514]. Lukes stützt seine vor allem an Art. 3 Abs. 1 GG ausgerichtete Kritik gegenüber einzelnen Entwürfen[515] zur Produkthaftung unter anderem darauf, daß die Ausgestaltung der Haftungsregelung in besonderem Maße durch die jeweiligen Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen geprägt werde, was zu einer nicht sachgerechten und mit dem geltenden Haftungssystem kaum zu vereinbarenden Abkehr von der Verschuldenshaftung zugunsten einer Gefährdungshaftung führe[516].

b) Stellungnahme

Entsprechend ihrer Stellung im Schnittpunkt von materiellem Recht und Verfahrensrecht bestehen unter-

---

513) Vgl. auch die Argumentation des BVerfG in seinen Entscheidungen zu den Schuldvermutungen BVerfGE 9, S. 151 ff. u. S. 137 ff., wo Art. 3 Abs. 1 GG allerdings nicht ausdrücklich erwähnt wird. S.o.S. 158 ff.

514) Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 201 m.w.N. u. WRP 1972, S. 13 f.; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 723; Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 431; Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 115; vgl. auch Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), S. 614 ff.

515) Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 87 ff. zum Richtlinienvorschlag der Kommission der EG und dem Konventionsentwurf des Europarates; vgl. bereits oben S. 42 f. (Fn. 112).

516) Vgl. Lukes R., vorige Fn., S. 169 ff. u. S. 211 ff. und dessen Vorschläge für eine rechtsstaatliche Produkthaftung, S. 237 ff., insbes. S. 266 hinsichtlich der Beweislast.

schiedliche Berührungspunkte zwischen den Beweislastnormen und dem Gleichheitsgebot bzw. dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Zum einen wird die sich aus einer "Beweislastsondernorm" ergebende Ungleichbehandlung zu den übrigen Beweislastregeln angesprochen, zum anderen steht die durch die gleiche Rechtsfolgenanordnung bewirkte Gleichbehandlung zwischen einem nachgewiesenen und nicht nachgewiesenen Sachverhalt im Vordergrund der Erörterung. Der Ausgangspunkt des ersten verfassungsrechtlichen Aspektes einer Ungleichbehandlung durch eine "Beweislastsondernorm" trägt zur Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Grenzen wenig bei, wenn man sich allein auf den Hinweis beschränken wollte, daß damit von den "allgemeinen Grundsätzen der Beweislast" abgewichen werde und dies einer hinreichenden Rechtfertigung bedürfe. Schon die Prämisse dieses Ansatzes, das Bestehen "allgemeiner Grundsätze der Beweislast", erscheint fraglich. An anderer Stelle wurde bereits dargelegt, daß es insbesondere im Verwaltungsrecht nicht gerechtfertigt ist, sich so auf "allgemeine Grundsätze der Beweislast" zu berufen, wie dies bislang jedenfalls der Fall gewesen ist[517]. Richtig ist vielmehr eine an der einzelnen Norm ausgerichtete Auslegung, wie im Falle eines non-liquet entschieden werden soll. Selbst im Zivilrecht stellen die vielen gesetzlichen Ausnahmen, die differenzierte Handhabung des Beweisrechts in einzelnen Bereichen und die zunehmende Kritik an der Normentheorie das Bestehen eines einheitlichen "Beweislastsystems" in Frage[518]. Unabhängig davon zeigen jedenfalls die mannigfaltigen gesetzlichen "Durchbrechungen" sowie die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelten und die im Schrifttum befürworteten Modifikationen, daß dem Ge-

517) S.o.S. 66 ff.

518) S.o. S. 73 ff. m.w.N.

setzgeber ein großer Ermessensspielraum bei der Regelung der Beweislast verbleibt. Die unterschiedlichsten Motive und gesetzgeberischen Ziele[519] können eine Abkehr von der ansonsten für richtig erachteten Beweislastverteilung rechtfertigen. Hinzu kommt, daß die Frage, wie bei ungewissem Sachverhalt entschieden werden soll, höchst individuell für jedes einzelne Tatbestandsmerkmal einer Norm, auf das sich die Beweislastregelung bezieht, zu beurteilen ist.

Andererseits sind die dem Gesetzgeber durch den Gleichheitssatz gezogenen Grenzen bei der Regelung der Beweislast um so enger, je vergleichbarer die materiellen Tatbestände sind, auf die sich die jeweilige Beweislastnorm bezieht. Dies meint auch der BGH, wenn er ausführt, daß nach dem Grundgedanken der Gleichheit aller vor dem Gesetz bei den Beweisanforderungen eines Zivilprozesses zur Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche bei dem Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen keine Unterschiede gemacht werden dürften[520]. Dem folgend bedarf es im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG z.B. einer hinreichenden Rechtfertigung, wenn für einzelne Bereiche oder Fallgruppen im Schadensrecht von dem ansonsten vom Gesetzgeber zugrunde gelegten beweisrechtlichen Prinzip, daß der Anspruchsteller die haftungsbegründende und -ausfüllende Kausalität sowie das Verschulden des Anspruchsgegners im Rahmen der Haftung nach § 823 BGB nachweisen muß, mittels einer Umkehr der Beweislast oder gesetzlicher widerleglicher Vermutungen abgewichen werden soll, wie dies bei der Produkthaftung und im Arzthaftungsrecht der Fall ist[521]. Insbesondere

---

519) Vgl. hierzu für den Bereich des BGB z.B. Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 359 ff.; zu Abwägungskriterien im Bereich des Verwaltungsrechts, die auch ausdrückliche Beweislastnormen rechtfertigen können z.B. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 218 ff.

520) BGHZ 53, S. 245 (LS 1 u. S. 250 ff.) ("Anastasia"), s.o.S. 204 f. Ebenso Musielak h.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 313 ff.

521) S.o.S. 40 ff.; vgl. auch die berechtigte Kritik von Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 48 an einer - auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG - oft nicht hinreichenden Legitimation einer Beweislastumkehr. Hierzu bereits oben S. 71 ff. m.w.N.

bei nachträglichen Änderungen der Beweislastverteilung für einzelne Tatbestände gegenüber vergleichbaren Sachverhalten kommt Art. 3 Abs. 1 GG zum Tragen. Es bedarf dann hinreichender Gründe für diese Regelung, auch wenn sie ansonsten nicht zu beanstanden wäre. Bei einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung verengt sich das zu vergleichende Kollektiv nochmals, da Anknüpfungspunkt für die "Beweislastumkehr" und mithin für die Ungleichbehandlung die Vermutungsbasis ist. Diese muß die "Beweislastumkehr" aus sich selbst heraus gegenüber der ansonsten einschlägigen Beweislastverteilung rechtfertigen. Überwiegend stützen sich dabei die Vermutungen auf Wahrscheinlichkeitskriterien. Diese sind aber weder conditio sine qua non noch in jedem Fall ausreichend zur Begründung einer gesetzlichen widerleglichen Vermutung, auch wenn sie häufig zur Rechtfertigung einer Beweislastsonderregelung herangezogen werden[522].

Von besonderer Bedeutung für die Beweislastregelung sind die speziellen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 u. 3 GG und des Art. 6 Abs. 1 GG. Die hierin zum Ausdruck kommenden Differenzierungsverbote verbieten eine Ungleichbehandlung auch für die Regelung der Beweislast. So verstieße es gegen Art. 3 Abs. 2 GG, wenn die Beweislast bei ansonsten gleichem Tatbestand für Mann und Frau unterschiedlich geregelt würde, ohne daß sich diese unterschiedliche Regelung aus der "Natur der Sache" ergibt[523]. Ebenso ist eine durch eine Beweislastnorm hervorgerufene Benachteiligung des davon be-

---

522) Zum BGB insbes. Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 359 ff. mit zahlreichen Beispielen; allgemein Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 83.

523) Vgl. zur Rechtsprechung des BVerfG nur BVerfGE 24, S. 104 (109).

troffenen Ehegatten mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar, wenn die für Ehegatten gegenüber nicht Verheirateten ungünstigere Regelung ihren Grund nicht in der besonderen Situation der Ehegatten hat und deshalb eine Diskriminierung der Ehe bedeute[524].

Die im Rahmen der Diskussion um die Vermutungen des GWB von deren Kritikern angesprochene Überlegung einer möglicherweise unzulässigen Gleichbehandlung zwischen bewiesenem und nicht bewiesenem Sachverhalt ist dagegen zur Bestimmung verfassungsrechtlicher Grenzen kaum tragfähig. Richtig ist, daß eine Beweislastnorm eine Rechtsfolgenanordnung trifft, die ansonsten nur bei feststehendem Sachverhalt eintreten dürfte, da unabhängig davon entschieden wird, ob die fragliche entscheidungserhebliche Tatsache verwirklicht worden ist oder nicht. Insoweit liegt durchaus eine Gleichbehandlung in den Rechtsfolgen vor. Dies ist aber geradezu typisch für jede Beweislastregelung, wie immer sie auch aussieht. Der ungeklärte Sachverhalt, das non-liquet, zwingt den Gesetzgeber bzw. den Rechtsanwender den Konflikt entweder in der einen oder in der anderen Richtung zu lösen[525]. Dabei ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß in mehr oder weniger vielen Fällen eine Entscheidung ergeht, die der wahren Sachlage widerspricht. Dies ist aber eine unumgängliche, in Kauf zu nehmende Nebenfolge jeder Beweislastentscheidung als "Notlösung", bei der offen bleibt, ob der materielle Tatbestand verwirklicht worden ist oder nicht. Dabei ist

---

524) Vgl. hierzu BVerfGE 24, S. 104 (108 ff.) zu § 45 a.F. KO, der für verfassungswidrig erklärt wurde; s.o.S. 164 f.; vgl. auch die teilweise in der Entscheidung angesprochenen, den Ehegatten beweisrechtlich benachteiligenden Vorschriften des § 1362 BGB, der Konkursanfechtung und des Anfechtungsgesetzes.

525) S.o.S. 55 ff.

gerade das Bewußtsein einer potentiellen "Fehlentscheidung" angesichts des Zwanges, überhaupt entscheiden zu müssen, das Charakteristikum und das Problem einer Beweislastregelung, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit sich nach den zuvor dargelegten Kriterien im Einzelfall richtet. Die durch die Beweislastnorm angeordnete Gleichheit in den Rechtsfolgen ist gerade Maßstab der verfassungsrechtlichen Prüfung. Wenn daher eine konkrete Beweislastregelung im übrigen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, dann ist damit zugleich auch die hierdurch angeordnete Gleich- oder Ungleichbehandlung in den Rechtsfolgen zwischen festgestelltem und ungeklärtem Sachverhalt, also die Regelung, daß so entschieden werden muß, als ob der materielle Tatbestand festgestellt worden ist oder nicht, im Rahmen des Art 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt. Unerheblich ist dabei, wie diese Entscheidung "in Wahrheit", wenn der Sachverhalt festgestellt worden wäre, hätte getroffen werden müssen, da dies gerade offen bleibt und Grund für die Beweislastentscheidung ist.

Dies gilt ebenso für die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen, die ebenfalls Beweislastnormen sind und die Beweislast nur differenzierter regeln, als dies bei den einfachen Beweislastnormen der Fall ist, die nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzip" arbeiten. Der gegenüber diesen Vermutungen erhobene Einwand, der Gesetzgeber setze den Vermutungstatbestand der materiellen Regelung gleich, führe quasi einen zweiten materiellen Tatbestand mit gleicher Rechtsfolge ein und verstoße gegen den Gleichheitssatz, wenn bei dem Vermutungstatbestand nicht zumindest eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spreche, daß der materielle Tatbestand erfüllt sei[526], ist unzutreffend und beruht darauf, daß der Charakter der gesetzlichen

526) Vgl. insbes. diese Argumentation im Rahmen des § 22 Abs. 3 GWB; s.o.S. 240 m.w.N. in Fn. 561.

widerleglichen Vermutung als Beweislastnorm nicht hinreichend berücksichtigt wird, ihr Inhalt und ihre Tragweite oft überschätzt werden und ein unzulässiger Vergleich zwischen materiellem Tatbestand und Vermutungstatbestand angestellt wird. Die verfassungsrechtliche Problematik liegt weniger darin, ob oder inwieweit sich die Vermutungsbasis und das Tatbestandsmerkmal, auf das sich die Vermutung bezieht, unter Wahrscheinlichkeitskriterien gleichen[527]. Entscheidend ist vielmehr, ob es zulässig ist, das Risiko eines ungeklärten Sachverhalts für die unter die Vermutungsbasis fallenden Sachverhalte anders als sonst zu verteilen, wobei Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkte mitentscheidungserhebliche Aspekte unter anderen sein können[528]. Ist die auf einer Interessenabwägung beruhende Risikozuweisung verfasungsrechtlich nicht zu beanstanden, dann ist - wie bei einer einfachen Beweislastnorm auch - die Rechtsfolgenanordnung gerechtfertigt, unabhängig davon, ob eine abstrakte oder konkrete Wahrscheinlichkeit dagegen spricht. Dem Gleichheitssatz kommt insoweit keine eigenständige Bedeutung als Prüfungsmaßstab zu[529].

Festzuhalten bleibt somit, daß die Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen einen spezifischen Bezug zu den Gleichheitsrechten haben, der bei der Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Beweislastregelung nicht außer acht gelassen werden darf. So können Beweislastnormen, die im Hinblick auf die grundgesetzlichen Freiheitsrechte unbedenklich sind, wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz oder spezielle Gleichheitssätze und Differenzierungsverbote unzu-

---

527) So zu Unrecht ein Teil der Kritiker der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB.

528) S.o.S. 115 f.

529) Hierzu siehe auch oben S. 188 ff.

lässig sein, weil für bestimmte Sachverhalte eine Beweislastsonderregelung ohne hinreichenden, die Sonderregelung legitimierenden Grund geschaffen worden ist oder diese Regelung auf einer verfassungswidrigen Differenzierung beruht.

II. Der Einfluß der rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und des Rechtsstaatsprinzips auf die Beweislastverteilung

Neben den Freiheits- und Gleichheitsrechten, die durch die Beweislastentscheidung selbst betroffen werden können und einer Regelung der Beweislast Grenzen setzen, sind in der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit einzelner Beweislastnormen oder der Handhabung der Beweislastverteilung vorwiegend Bedenken unter Hinweis auf rechtsstaatliche Verfahrensprinzipien und das Rechtsstaatsprinzip allgemein geäußert worden. Dies ist nicht weiter verwunderlich, wo doch die Beweislastnormen rechtstechnisch auf das gerichtliche Verfahren und dessen Entscheidungsfindung ausgerichtet sind und mittelbar Auswirkungen auf den Rechtsfindungsprozeß des gerichtlichen Verfahrens sowie des Verwaltungsverfahrens haben, die jeweils den Erfordernissen der Rechtsstaatlichkeit in seinen auf den Rechtsfindungsprozeß bezogenen unterschiedlichen Ausprägungen entsprechen müssen. Insbesondere das BVerfG betont in fast jeder Entscheidung, die sich mit Verfahrens-, Beweis- und Beweislastfragen befaßt, zu Recht den untrennbaren Zusammenhang zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht[530] und folgert daraus - was besonders in seiner Entscheidung zur Arzthaftung für den Zivilprozeß zum Ausdruck kommt[531] -

530) S.o.S. 171 ff. m.w.N., insbes. in Fn. 436 u. 437.

531) BVerfGE 52, S. 131 ff. = NJW 1979, S. 1925 (1927 ff.); vgl. hierzu auch bereits oben S. 165 f.

daß die Beweislastverteilung so geregelt und gehandhabt werden müsse, daß sie aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit zu einer effektiven Durchsetzung des materiellen Rechts führe und dem verfassungsrechtlichen Erfordernis eines gehörigen, fairen Gerichtsverfahrens entspreche. Dies gilt dem Grundsatz nach für alle Verfahren. Wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung, Zielrichtung und verfassungsrechtlichen Bezüge des vornehmlich auf die Lösung privater Interessenskonflikte ausgerichteten Zivilprozesses und der öffentlich-rechtlichen Verfahren, in denen sich Staat und Bürger gegenüberstehen, ergeben sich unterschiedliche verfassungsrechtliche Ansatzpunkte.

Insbesondere im Verwaltungsrecht[532] sind verfassungsrechtliche Überlegungen unter verfahrensrechtlichen und rechtsstaatlichen Gesichtspunkten angestellt und verfassungsrechtliche Kritik an den Bürger belastenden Beweislast- und Vermutungsregelungen im Rahmen der Eingriffsverwaltung geäußert worden[533], wobei zur Begründung insbesondere das Rechtsstaatsprinzip in seinen unterschiedlichen Ausprägungen in Form des Gebotes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Gesetzesvorbehaltes bei belastenden Maßnahmen und - in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG sowie dem Erfordernis der Waffengleichheit im Prozeß - des Gebotes zur Schaffung eines die Erlangung der materiellen Gerechtigkeit sichernden gehörigen, fairen Verfahrens herangezogen wurde. Darüber hinaus wurden auch Art. 103 Abs. 1 GG und im Rahmen von bußgeldbewährten Verbotsnormen und -verfügungen der Grundsatz "in dubio pro reo" angesprochen. Die sich daraus ergebenden Beziehungen zu den einzelnen Verfassungsgeboten und de-

---

532) Zur Beweislastentscheidung im Verwaltungsprozeß und Verwaltungsverfahren s.o.S. 73 ff. und S. 95 ff., wo auch auf die Besonderheiten der Verwaltungsentscheidung eingegangen worden ist; zum Strafrecht vgl. im übrigen die ausführliche Darstellung von Stree H., a.a.O. (Fn. 115), passim; hierzu siehe bereits oben S. 150 ff.

533) S.o.S. 152 ff. m.w.N.; zur Kritik an den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB s.o.S. 21 ff. m.w.N.

ren Eignung zur Bestimmung verfassungsrechtlicher Grenzen einer Beweislastregelung sollen im Folgenden aufgezeigt werden.

1. Das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Gesetzesvorbehaltes und eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens

a) Verbindungslinien zur Beweislastfrage

Durch den Bürger belastende Beweislastregelungen könnte der Kern des Rechtsstaatsprinzips berührt oder gar verletzt sein. Dessen wesentliche Inhalte sind unter anderem die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG und der Grundsatz, daß nur aufgrund eines formellen Gesetzes in Rechte der Bürger eingegriffen werden darf. Die Verwaltung hat ihr gesamtes Handeln von vornherein am Grundsatz der Gesetzmäßigkeit auszurichten und die Übereinstimmung ihrer Entscheidungen mit dem materiellen Recht sicherzustellen[534].

Daraus ist teilweise gefolgert worden, daß, solle der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht leerlaufen, nur in Rechte der Bürger eingegriffen werden dürfe, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen nachgewiesen seien. Ansonsten könne nicht ausgeschlossen werden, daß der Eingriff dem materiellen Recht widerspreche, einer legitimierenden Rechtsgrundlage entbehre und damit letztlich "zu Unrecht" erfolge. Es entspreche rechtsstaatlichem Denken, daß die Verwaltung die Tatsachen einwandfrei feststelle und verbleibende Zweifel grundsätzlich zugunsten des Betroffenen gingen[535].

534) Vgl. hierzu nur BVerfGE 40, S. 237 (247); BVerwGE 33, S. 106 (108); Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86), Art. 20 Rdn. 124 ff.; Kopp F.O., Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, a.a.O. (Fn.225), S. 61 ff.

535) BVerfGE 9, S. 167 (170); BVerfGE 17, S. 342 = DVBl. 1964, S. 438 (440); BVerwG, VerwRspr. 11, S. 282 (286); Auer W., a.a.O. (Fn. 7), S. 72; Maetzel W. B., a.a.O. (Fn. 168), DöV 1966, S. 523; Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 213; vgl. im Ansatz auch Lüke G., a.a.O. (Fn. 86), JZ 1966, S. 590; Rupp H., a.a.O. (Fn. 372), AöR 85 (1960), S. 319.

Auf diese verfassungsrechtlichen Aspekte gründen sich vorwiegend auch die im Rahmen der Diskussion um die Vermutungsregelungen des § 22 Abs. 3 GWB vorgebrachten Argumente gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung[536]. Selbst das BKartA hatte noch in seinem Tätigkeitsbericht 1967[537] auf S. 14 Bedenken gegen eine "Umkehrung der Beweislast", weil rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze es erforderten, daß das Kartellamt die tatsächlichen Voraussetzungen für belastende Verwaltungsakte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststelle, dies aber nicht immer gewährleistet sei, wenn sich das Kartellamt damit begnügen könne, lediglich die Vermutungsvoraussetzungen festzustellen, und es ansonsten den davon betroffenen Unternehmen überlassen bliebe, die Vermutung zu widerlegen, was praktisch kaum möglich sei und wozu die Unternehmen auch nicht in der Lage seien.

Teilweise wurde sogar unter Hinweis auf Art. 20 Abs. 3 GG die Ansicht vertreten, daß im Bereich der Eingriffsverwaltung die Verwaltung die Feststellungslast für sämtliche Voraussetzungen des Eingriffs, einschließlich des Nichtvorliegens von Ausnahme- und Gegenrechten, tragen müsse, weil ein Eingriff nur dann rechtsstaatlich gerechtfertigt sei, wenn feststehe, daß der zur Entscheidung anstehende Sachverhalt vom "Gesamteingriffstatbestand" erfaßt werde, und ansonsten nicht ausgeschlossen werden könne, daß der Eingriff nicht doch dem materiellen Recht widerspreche und daher rechtswidrig sei. Eine solche Beweislastregelung sei um so bedenklicher, als sich das Risiko eines nicht auf-

---

536) S.o.S. 21 ff.; insbes. Jeo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 200 ff. u. WRP 1972, S. 12 ff.; Knöpfle F., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 723; Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 15; Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 431; vgl. auch Meier G., a.a.O. (Fn. 35), ZER 145 (1981), S. 430 ff.

537) BT-Drs. 4/2841.

geklärten Sachverhalts trotz Bestehens der Untersuchungsmaxime in der Verwaltungspraxis in vielen Fällen zu Lasten des Bürgers erhöhe, weil die Verwaltung kein Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts habe[538].

b) Stellungnahme

Soweit das Rechtsstaatsprinzip in Form der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Gesetzesvorbehalts im Zusammenhang mit Beweislastproblemen erwähnt wurde, soll damit nicht die Zulässigkeit ausdrücklicher, den Bürger belastende Beweislastnormen infrage gestellt werden. Vielmehr ging es um die allgemeine Frage der Beweislastverteilung, wenn der Gesetzgeber diese nicht geregelt hat. Unter Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip und die Grundrechte, in die nur ausnahmsweise und auf gesetzlicher Grundlage eingegriffen werden dürfe, wird bei Eingriffen regelmäßig der Verwaltung die Beweislast aufgebürdet[539]. Unabhängig von der ohnehin bestehenden und bereits dargelegten Kritik an dieser Methode zur Auffindung von ungeschriebenen Beweislastnormen und der der "Freiheitsvermutung" teilweise zugesprochenen Bedeutung für die Beweislastfrage[540] steht das Rechtsstaatsprinzip also der Normierung den Bürger belastender Beweislastnormen und gesetzlicher widerleglicher Vermutungen prinzipiell nicht entgegen. Daher berufen sich die Kritiker der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB zu Unrecht auf diese Quellen, aus denen sich für die Unzulässigkeit dieser Vermutungen nichts ergibt.

---

538) Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 215 ff.; Auer W., a.a.O. (Fn. 7), S. 72, 77, 78. Diese Meinungen stützen sich auf eine "konsequente" Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro libertate"; vgl. bereits oben S. 186 ff. und die ablehnende Stellungnahme S. 188 ff.

539) Vgl. hierzu näher oben S. 73 ff., 76 sowie S. 188 ff.

540) S.o.S. 77 ff. und S. 188 ff.

Eine andere Frage ist allerdings, ob es das Rechtsstaatsprinzip erfordert, daß den Bürger belastende Beweislastentscheidungen bei Eingriffstatbeständen nur aufgrund einer ausdrücklichen Beweislastnorm ergehen dürfen. Damit ist das Problem des Gesetzesvorbehalts bei den Bürger belastenden Maßnahmen angesprochen. Geht man davon aus, daß jeder materiellen gesetzlichen Regelung und jedem Tatbestandsmerkmal eine entsprechende, ungeschriebene Beweislastnorm immanent ist und es nur der Auslegung bedarf, wie die Beweislast verteilt ist[541], läge auch ohne ausdrückliche Regelung stets eine gesetzliche Regelung der Beweislast vor, die es nur aufzudecken gilt. Würde diese Auslegung dazu führen, daß auch bei ungewissem Sachverhalt in Rechte des Bürgers eingegriffen werden dürfte, wäre dieser Eingriff durch die entsprechende Beweislastnorm gedeckt. Dem Erfordernis des Gesetzesvorbehaltes und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wäre Genüge getan[542]. Es läge ja eine - ungeschriebene - Beweislastnorm vor, auf deren Grundlage die belastende Entscheidung ergehen dürfte. Dem Rechtsstaatsprinzip würde insoweit keine besondere Aussagekraft für die Beweislastregelung zukommen. Vielmehr konkretisieren die - geschriebenen oder ungeschriebenen- Beweislastnormen das Prinzip des Gesetzesvorbehalts und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Allerdings wird man sich meist schwer tun, Eingriffstatbeständen ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung belastende Beweislastnormen entnehmen zu können. Ausgeschlossen ist dies allerdings nicht.

---

541) Hierzu vgl. oben S. 76 ff.

542) Die Unergiebigkeit der Erfordernis des Gesetzesvorbehalts und des Gebotes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Bezug auf die Beweislastentscheidung betonen Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 52 ff., 103 f. und 278 ff.; Bettermann K., a.a.O. (Fn. 7), S. E 38; Teirold D., a.a.O. (Fn. 7), S. 130 ff.; Stree H., a.a.O. (Fn. 153), S. 15 ff., 37; v. Pestalozza Ch., a.a.O. (Fn. 152), S. 197 f.

Es ist aber gerade auch im Hinblick auf das Verfassungsprinzip des Gesetzesvorbehaltes Vorsicht geboten, zumal sich der Gesetzgeber regelmäßig mit der Normierung der eigentlichen materiell-rechtlichen Regelung begnügt und sich um die Beweislastfrage nicht weiter kümmert. Daher wird man nicht umhin kommen, Eingriffe in Rechte der Bürger bei ungeklärtem Sachverhalt von Verfassungs wegen nur dann zuzulassen, wenn sich der Gesetzgeber seiner Regelungsaufgabe insoweit bewußt gewesen ist und dies eindeutig und ausdrücklich zu erkennen gegeben hat. Auf diese Weise wird zugleich auch dem ebenfalls auf dem Rechtsstaatsprinzip beruhenden Gebot der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Genüge getan, das eine hinreichende Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit von Eingriffstatbeständen fordert. Ohne eine eindeutige und ausdrückliche gesetzliche Regelung wird der Bürger aber schwerlich erwarten können, daß auch ohne entsprechende Nachweise in seine Rechte eingegriffen werden darf.

Ist der Gesetzgeber prinzipiell nicht gehindert, den Bürger belastende Beweislastregelungen zu normieren - sei es in Form einfacher Beweislastnormen oder gesetzlicher widerleglicher Vermutungen - fragt es sich, ob er aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten verpflichtet ist, sich bei seiner Regelung nach dem Kriterium der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu richten[543]. Vordergründig könnte man zwar meinen, daß dem Rechtsstaatsprinzip am ehesten eine Entscheidung entspreche, die, wenn schon nicht einen in vollem Umfang nachgewiesenen, dann aber wenigstens doch den wahrscheinlicheren Sachverhalt der Rechtsfindung zugrunde legt, weil damit auch eine Wahrscheinlichkeit

---

543) So wollen beispielsweise Kritiker der Marktbeherrschungsvermutungen derartige Regelungen unter dieser Voraussetzung und quasi als kodifizierten Anscheinsbeweis für zulässig halten; vgl. Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 201 und WRP 1972, S. 13 f.; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 723; Bittner R., a.a.O. (Fn. 48), S. 431; vgl. auch Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 614 ff.

für deren Richtigkeit spreche und dies der Verwirklichung des materiellen Rechts und letztlich der Rechtsstaatlichkeit noch am nächsten komme. Zusätzlich erhält eine solche Auffassung Unterstützung dadurch, daß bis zur Grenze des gesetzlichen Überzeugungsgebotes "nach der Beweislast" entschieden werden muß, selbst wenn in einem Fall eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß diese Entscheidung "falsch" ist. Die "Härte" einer solchen Beweislastentscheidung könnte insbesondere bei den Bürger belastenden Maßnahmen als ungerecht angesehen werden.

Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß Beweislastnormen nicht danach streben, ein Wahrscheinlichkeitsurteil zu fällen, das überdies dem gesetzlicher Überzeugungsgebot widersprechen würde[544]. Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkte sind daher bei ausdrücklichen Beweislastnormen und gesetzlichen Vermutungen lediglich ein gesetzgeberisches Motiv unter vielen und haben ansonsten bei der Beweiswürdigung, also im Rahmen der Tatsachenfeststellung ihren Stellenwert[545]. So wird denn auch zu Recht eine Verteilung der Beweislast nach Wahrscheinlichkeitskriterien ganz überwiegend abgelehnt[546]. Erst recht wird nicht vertreten, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Beweislast durch ausdrückliche Beweislastnormen oder gesetzliche widerlegliche Vermutungen insoweit gebunden sei. Zudem ist das Argument einer höheren Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit von Wahrscheinlichkeitsurteilen höchst fragwürdig. Eine Regelung der Beweislast im Rahmen einer materiellen

---

544) S.o.S. 87 ff. u. S. 114 ff.

545) S.o.S.117, 124 ff., 129 ff. Zu den Besonderheiten der Verwaltungsentscheidung s.o.S. 96 ff.

546) S.o.S. 66ff. u.81 ff.

Abwägung und unter Berücksichtigung der oft vielschichtigen Individual- und Gemeinschaftsinteressen - wozu sicherlich auch Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkte gehören - wird ein Mehr an Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit für sich beanspruchen können als eine lediglich auf den einen Aspekt der Wahrscheinlichkeit beschränkte Betrachtungsweise.

Diesem Aspekt kann allerdings im Einzelfall bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer gesetzlichen Regelung eine wichtige oder sogar ausschlaggebende Bedeutung zukommen. So kann z.B. die Verfassungswidrigkeit einer Beweislastnorm durchaus dadurch begründet sein, daß sie einen Eingriff bei ungklärtem Sachverhalt zuläßt, obwohl die Wahrscheinlichkeit für die Verletzung von Gemeinschaftsinteressen oder Indiviualinteressen Dritter gering ist, die zu befürchtenden Beeinträchtigungen nicht schwerwiegend sind und der Eingriff daher unverhältnismäßig ist. Dies ist im Grunde genommen eine Frage des im Bereich der Gefahrenabwehr auch sonst vom Gesetzgeber zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Umgekehrt kann eine Beweislastregelung verfassungswidrig sein, die den Bau, Zustand oder Betrieb einer Sache oder einer Anlage oder eine bestimmte Handlung oder Verhaltensweise zuläßt, obwohl zwar die Eintrittswahrscheinlichkeit für ein schädigendes Ereignis äußerst gering, das Gefährdungspotential aber besonders groß ist[547].

547) BVerwGE 49, S. 1 (6 f.) u. BVerwG NJW 1979, S. 1563 f. zum WaffG; BVerwG DVBl. 1971, S. 415 ff.; OVG Lüneburg DöV 1970, S. 391 ff. zur Ungefährlichkeit von Anlagen nach der LuftVG; BVerwGE 39, S. 190 ff.; BVerfGE 20, S. 351 (361 f.) zu Gesundheitsgefährdungen; zur Genehmigung von kerntechnischen Anlagen vgl. das in Fn. 181 (S.76) aufgeführte Schrifttum, die Regierungsbegründung zu § 7 AtG, BT-Drs. VII/759, S. 23 r.Sp. sowie BVerfGE 49, S. 89 (141 ff.) "Kalkar"; BVerfGE 53, S. 30 (57 f.) "Mühlheim-Kärlich".

Fehl gehen weiter Versuche, eine verfassungsrechtliche Unzulässigkeit von den Bürger belästenden Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen mit einer Durchbrechung des Untersuchungsgrundsatzes und der Einführung einer partiellen Beweisführungslast zu Lasten des Bürgers begründen zu wollen, wie dies hinsichtlich der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB erfolgt ist[548]. Richtig ist zwar, daß die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren ebenso wie im Verwaltungsprozeß verfassungsrechtliche Grundlagen hat, die insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG - Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, das öffentliche Interesse an einer Verwirklichung des materiellen Rechts, die effektive Durchsetzung subjektiver öffentlicher Rechte des Einzelnen und die Verhinderung von ungerechtfertigten Eingriffen - abgeleitet werden[549]. Andererseits kennt das Verwaltungsrecht zahlreiche "Durchbrechungen" oder "Ergänzungen" der Untersuchungsmaxime zugunsten einer stärkeren Beteiligung und Mitwirkung des Einzelnen sowie normierten Mitwirkungspflichten, ohne daß dieser grundsätzlich verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht werden[550]. Zudem soll nach überwiegender Meinung der Untersuchungsgrundsatz ohne hin seine Grenze dort finden, wo die allgemeine Mitwirkungspflicht beginnt[551]. Ein pauschaler Hinweis auf eine ansonsten in einem Verfahren geltende Untersuchungsmaxime ist daher ohnehin nicht geeignet, prinzipielle verfassungsrechtliche Zweifel an der Einführung par-

---

548) S.o.S. 21 ff.

549) Vgl. hierzu nur BVerfGE 9, S. 256 (257); Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 38 ff. u. 245; Kopp F.O., a.a.O. (Fn.225), S. 38 f. u. 71 f. m.w.N.; Pestalozza Ch., a.a.O. (Fn. 152), S. 192.

550) Vgl. hierzu bereits oben S. 64 ff. m.w.N.; insbes. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 248 ff.

551) S.o.S. 85 m.w.N.

tieller Nachweis- und Beweisführungspflichten zu begründen. Es wird vielmehr im Einzelfall zu prüfen sein, ob und inwieweit derartige Regelungen die Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen überhaupt "durchbrechen" - oder diese nicht vielmehr nur ergänzen[552] - und ob eine etwaige "Durchbrechung" verfassungsrechtlich zulässig ist[553]. Insoweit scheint es in der Tat schwerlich zulässig zu sein, z.B. dem Bürger Nachweispflichten für Tatsachen aufzubürden, die nicht aus seiner Erkenntnis- und Wissenssphäre stammen, hinsichtlich derer er auch nicht bessere Aufklärungsmöglichkeiten hat, oder die er auch nicht unter zumutbaren Anstrengungen beschaffen kann. Dem ist allerdings im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter nachzugehen, weil Beweislastnormen und gesetzliche widerlegliche Vermutungen gerade nicht zu Beweisführungspflichten zu Lasten des Einzelnen unter Durchbrechung des Untersuchungsgrundsatzes führen[554]. Hierdurch werden allerdings die mit der Verwaltungspraxis begründeten Befürchtungen einer bewußten oder unbewußten Überbewertung der Bedeutung der jeweiligen Beweislastverteilung und insbesondere der gesetzlichen widerleglichen Vermutungen nicht ausgeschlossen, die Anlaß zu verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip geben. In den Fällen, in denen das Risiko eines ungeklärten Sachverhalts nicht zu Lasten der Verwaltung geht, besteht die Gefahr, daß sie Ermittlungen von Amts wegen zur (weiteren) Aufklärung des Sachverhalts vernachlässigt, soweit die Durchsetzung der Rechtsfolgen in ihrem Interesse liegt. Die Beweislastverteilung bestimmt dann praktisch Intensität und Richtung

552) Vgl. hierzu Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 167 ff.

553) Zu Beispielen von Begrenzungen der Amtsermittlung zum Schutz übergeordneter Interessen vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 57 ff. u. 263 ff. m.w.N.

554) Hierzu s.o.S. 118 f. u. 144 ff.

der Sachverhaltsaufklärung, was zusätzlich dadurch verstärkt wird, daß sich die Verwaltung oft weniger in der Rolle eines "objektiv" entscheidenden Dritten, als vielmehr in einer gegenüber dem Bürger entgegengesetzten Parteistellung mit unterschiedlichen Interessen sieht, und auch die Verwaltungsgerichte in Entscheidungen -häufig in einer mißverständlichen Terminologie- davon sprechen, daß die Entscheidung zuungunsten des Bürgers ausfallen müsse, weil er bestimmte Tatsachen nicht dargelegt oder nachgewiesen habe[555]. Dies bedeutet eine an zivilprozessualem Denken ausgerichtete Handhabung der Beweislast, der sich dann auch gerne die Verwaltung bedienen könnte. Die Verwaltung wird zudem unbewußt oder gar bewußt im Sinne einer "effektiven" Durchsetzung der ihr aufgegebenen Verwaltungsziele unter Schonung ihrer personellen und sachlichen Mittel, im Interesse einer anderweitigen Ausnutzung ihrer Kapazität und unter zeitlichen Gesichtspunkten tendentiell einer Sachverhaltsaufklärung aus eigenem Interesse um so weniger Aufmerksamkeit schenken, als das dadurch möglicherweise (mit)verursachte non-liquet nicht "zu ihren Lasten" geht[556]. Dies gilt insbesondere, wenn in Verwaltungsgesetzen gesetzliche widerlegliche Vermutungen für ein Tatbestandsmerkmal "streiten". Es erscheint naheliegend, daß sich die Verwaltung auf die Feststellung der Vermutungsbasis beschränkt, diese als "Regeltatbestand" auffaßt, nur noch fragt, ob diese "widerlegt" werden kann und es gegebenenfalls sogar noch dem Bürger überläßt, dies

---

555) S. bereits oben S. 64 f.; z.B. BVerwGE 39, S. 231 (234); BVerwGE 38, S. 307 (310); BVerwGE 37, 62 (66); weitere Nachweise bei Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 167 f.

556) S. bereits oben S. 85 f., S. 104.

nachzuweisen. Dabei ist die "Widerlegung" einer so gehandhabten Vermutung ohnehin großen Schwierigkeiten ausgesetzt. Die Verwaltung wird in der Normierung von Vermutungen durch den Gesetzgeber eine Verstärkung ihrer Stellung sehen und sich zu einer "effektiveren" Durchsetzung der von der jeweiligen Rechtsnorm aufgezeigten Verwaltungsziele aufgefordert fühlen. Dies gilt verstärkt, wenn die Vermutungsbasis bereits bei der bisherigen Verwaltungspraxis eine wichtige Rolle im Rahmen der Beweiswürdigung gespielt hat, die Nachweisschwierigkeiten der Grundnorm, auf die sich die Vermutung bezieht - insbesondere im Hinblick auf eine gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidung - als sehr groß angesehen worden sind und der Gesetzgeber gerade aus diesen Gründen und mit dem ausdrücklich erklärten Ziel einer Stärkung der Verwaltung und Effektivierung des Verwaltungshandelns die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen normiert hat, wie dies bei den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB der Fall gewesen ist[557]. Zudem muß bei einer "Widerlegung" der Vermutung bedacht werden, daß die Verwaltung angesichts des Bestrebens zur Durchsetzung ihres Verwaltungsauftrages, des Fehlens eines einheitlichen Überzeugungsmaßstabes bei der Feststellung der Verwirklichung von Tatbestandsmerkmalen und der sonstigen, bereits dargelegten Besonderheiten des Verwaltungsverfahrens[558] ohnehin dazu neigt, schon bei einer geringen Wahrscheinlichkeit von einem "festgestellten" Sachverhalt auszugehen, eine Typisierung anzustreben[559] und nach "tatsächlichen Vermutungen"[560] zu entscheiden. Die Tendenz

---

557) S.o.S. 8 ff.

558) S.o.S. 96 ff.

559) Hierzu z.B. Isensee J., a.a.O. (Fn. 233), S. 27 ff.; v.Pestalozza Ch., a.a.O. (Fn.152), S. 188 f.

560) S.o.S. 129 ff.

der "Vereinfachung" wird durch gesetzliche widerlegliche Vermutungen verstärkt, die sich die Verwaltung vom Gesetzgeber sogar noch ausdrücklich legitimiert, zur "effektiven" Durchsetzung ihrer Verwaltungsziele zunutze machen und sich nur schwer vom Gegenteil überzeugen lassen wird. Hinzu kommt, daß die Vermutungstatbestände vom Wortlaut her nach allgemeinem Sprachgebrauch Wahrscheinlichkeitsaussagen assoziiren und in der Tat häufig auf abstrakten Wahrscheinlichkeitsüberlegungen beruhen, so daß die Verwaltung von sich aus keinen Grund sieht, für den zu entscheidenden Fall etwas anderes anzunehmen, falls sich dies nicht geradezu aufdrängen sollte. Zu einer solchen Typisierung, die zwar eine kontinuierliche Verwaltungspraxis und die Vorhersehbarkeit ihrer Entscheidungen fördert, einer Einzelfallgerechtigkeit aber entgegensteht, wird die Verwaltung besonders dann neigen, wenn es sich um Massenverfahren handelt oder sie bei den ihr zu Verfügung stehenden personellen und sachlichen Mitteln mit umfangreichen Einzelfallermittlungen überfordert ist. Dabei findet eine (weitere) Sachverhaltsaufklärung ohnedies ein Ende, wo die Verwaltung bereits zur Überzeugung vom Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts - allein aufgrund der erwiesenen Vermutungsbasis - gelangt ist[561], was jedenfalls dann grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, wenn sie auch unabhängig vom Bestehen der Vermutungsregelung aufgrund eines in einer Vermutung z.B. tatsächlich zum Ausdruck kommenden Erfahrungssatzes der besonders aussagekräftigen Indizien dazu kommen würde, ohne daß entgegenstehende Anhaltspunkte im Einzelfall ersichtlich

---

561) S.o.S. 144 ff.; vgl. auch die Vermutung nach §§ 16 S. 1, 122 S. 2 BSHG, die einer "tatsächlichen Vermutung" in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis nachgebildet worden ist, wie BVerwGE 15, S. 306 (315) u. BVerwG NJW 1978, S. 388 f. belegen. Zu den Besonderheiten des ohnehin zu einer Entscheidung auf der Grundlage von Wahrscheinlichkeitsurteilen und Typisierungen neigenden Verwaltungsverfahrens s.o.S. 96 ff.

sind[562].

Eine solche Praxis wird aber dann bedenklich, wenn die Verwaltung in bewußter oder unbewußter Überbewertung der Bedeutung der Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen allgemein und speziell für das Verwaltungsverfahren ihre Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen vernachlässigt, sich die Beweislastverteilung über die anerkannten Grenzen der Untersuchungsmaxime[563] hinaus zur Verwaltungsvereinfachung und zur "effektiven" Durchsetzung ihrer Verwaltungsziele zunutze macht, insbesondere ihre Entscheidungen ohne Rücksicht auf den Einzelfall unbesehen auf gesetzliche widerlegliche Vermutungen als quasi Beweisregeln stützt und damit auf der Grundlage eines weitgehend ungeklärten, dem Einzelfall nicht Rechnung tragenden Sachverhaltes entscheidet[564]. Darin liegt ein Verstoß gegen die gesetzliche Untersuchungsmaxime sowie gegen das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Rechtsstaatsprinzip allgemein. Die Verwaltungsentscheidung beruht dann auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage, wird unter Verwendung der Vermutungsbasis als Beweisregel, als nicht hinreichend legitimierten Erfahrungssatz oder Ersatztatbestand gefällt und widerspricht damit dem geltenden Recht.

Daraus folgt aber keineswegs eine verfassungsrechtliche Bedenklichkeit oder gar Unzulässigkeit bestimmter Beweislastnormen und gesetzlicher widerleglicher Vermutungen. Vielmehr ist allein die Verwaltungspraxis gesetzes- und verfassungswidrig, wobei letztlich unerheblich ist, ob

---

562) Vgl. hierzu bereits oben S. 114 ff. u. 119 f. Als Beispiel ist an eine Ordnungsverfügung oder einen an das Eigentum anknüpfenden Leistungsbescheid gegen den im Grundbuch als Eigentümer Eingetragenen zu denken, gegen den die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB spricht. Dasselbe könnte hinsichtlich auf Technischen Regelwerken beruhenden gesetzlichen widerleglichen Vermutungen gelten; hierzu näher unten S. 280 ff.

563) Hierzu vgl. insbes. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 263 ff.; dens., a.a.O. (Fn.246), DV 1976, S. 171 ff.

564) Diese Gefahr ist bereits oben S. 113 ff. u. 118. angesprochen worden.

dies im Ergebnis "zugunsten" oder "zu Lasten" des Bürgers geht[565]. Es geht um eine unzulässige Verwaltungspraxis schlechthin. Ebensowenig wie eine Vorschrift des materiellen Rechts mit der Begründung, sie könne von der Verwaltung falsch ausgelegt, durch Verwaltungsvorschriften gesetzeswidrig konkretisiert und entsprechend rechtswidrig angewendet werden, oder eine Ermessensvorschrift mit dem Argument, die Verwaltung könne dazu neigen, in der Praxis ihre Ermessensgrenzen zu überschreiten, als verfassungswidrig angesehen werden kann, ist dies bei Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen mit dem Hinweis auf eine möglicherweise verfassungswidrige Verwaltungspraxis der Fall.

Der richtige Ansatz für verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Gesetzmäßigkeitsprinzip und ein rechtsstaatliches Verwaltungsverfahren liegt somit auf der Ebene der Rechtsanwendung durch die Verwaltung, die ihrer gesetzlichen Pflicht zur Verwirklichung des materiellen Rechts durch eine Entscheidung auf einer nach Aufklärung des Sachverhalts gesicherten Tatsachengrundlage nachzukommen hat. Dieser Pflicht ist immanent, daß die Ermittlungen von Amts wegen erschöpfend und geradezu darauf ausgerichtet sein müssen, die Situation eines non-liquet, also eine Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt zu vermeiden. Richtung und Umfang dürfen daher auch nicht von Beweislastnormen bestimmt werden, die ihre Wirkung erst entfalten, wenn die Sachverhaltsaufklärung gescheitert ist, die Verwaltung ihre vordringliche Aufgabe also nicht erfüllen konnte, was umso mehr gilt, als Beweislastentscheidungen ohnehin nur Notlösungen mit potentieller Fehlerhaftigkeit sind, die nach dem Rechtsstaatsprinzip möglichst vermieden werden sollten. Dies

---

565) Auf die Fragwürdigkeit einer Reduzierung des Verwaltungsrechts auf eine einfache Frontenstellung zwischen Bürger und Verwaltung ist im einzelnen bereits hingewiesen worden, s.o.S. 73 ff. Vgl. ferner S. 188 ff. zur Bedeutung der Freiheitsvermutung für die Beweislastfrage.

gilt insbesondere für (Beweislast)-Entscheidungen mit besonders schwerwiegenden Folgen für die davon betroffenen Rechtsgüter. Gerade angesichts einer potentiellen Fehlentscheidung kommt dem Untersuchungsgrundsatz zur Überwindung des non-liquet hier ein besonderer Stellenwert zu. Je schwerwiegender die Auswirkungen einer (Beweislast)- Entscheidung sind desto intensiver und umfangreicher werden die Ermittlungen von Amts wegen sein müssen, um den wahren Sachverhalt festzustellen und darauf das Recht anzuwenden. Diese Pflicht hat die höchstrichterliche Rechtsprechung stets besonders betont, wenn vor allem im Zusammenhang mit den Bürger belastenden Beweislastnormen festgestellt wird, daß das Gericht mit allen Mitteln danach streben müsse, zu den notwendigen Feststellungen zu gelangen, damit die Frage, zu wessen Lasten eine noch bleibende Ungewißheit gehe, nicht gestellt zu werden brauche, und dies gerade dann gelte, wenn es sich um die Ausübung von Grundrechten handele[566]. Diese Aussagen gelten nicht minder für das Verwaltungsverfahren. Nur bei einem "wirklichen" und nicht bei einem von der Verwaltung aufgrund unzureichender Sachverhaltsaufklärung hervorgerufenen non-liquet ist die gesetzlich angeordnete "Notlösung" der Beweislastentscheidung gerechtfertigt. Dies gilt für einfache Beweislastnormen wie für gesetzliche widerlegliche Vermutungen, wobei letztere allerdings im Einzelfall so ausgestaltet sein können, daß bereits mit dem Feststehen der Vermutungsbasis - allein oder in Verbindung mit sonstigen Tatsachen - der Sachverhalt als aufgeklärt angesehen werden kann[567]. Der BGH hat ganz in diesem Sinne auch

---

566) BVerwGE 7, S. 242 (248); vgl. auch BVerfGE 8, S. 81 (84); BVerfGE 9, S. 151 (170 f.); BVerfGE 15, S. 249 (253); BVerfGE 39, S. 334 (352, 354 f.); BVerfGE 48, S. 127 (LS 7 u. S. 168 ff.); BVerfG NJW 1980, S. 516 (518) u. S. 127 (168 ff.); s. hierzu bereits oben S. 171 f. u. S. 155 ff.

567) S.o.S.117, 119 f., 140.

für die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB in seinen Entscheidungen vom 21.2.1978 ("Kfz-Kupplungen")[568] und - mit aller Deutlichkeit - vom 2.12.1980 ("Klöckner-Becorit")[569] zum Ausdruck gebracht, daß die gesetzliche Vermutung ihre bindende Kraft erst entfalten könne, wenn das Gericht nach der ihm obliegenden freien Beweiswürdigung des gesamten Verfahrensergebnisses eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens weder auszuschließen noch zu bejahen vermocht habe. Die Vermutung greift erst nach erfolgter Sachverhaltsaufklärung und Beweiswürdigung am Ende des Verfahrens im Falle eines non-liquet als "ultima ratio" ein.

2. Das Gebot eines rechtsstaatlich geordneten Gerichtsverfahrens

a) Verbindungslinien zur Beweislastfrage

Da die Beweislastnormen als Entscheidungsnormen für den Fall eines non-liquet auf das Gerichtsverfahren bezogen sind, dort ihre je nach Prozeßart unterschiedlichen Auswirkungen haben, den Rechtsfindungsprozeß steuern und letztlich sogar dessen Ergebnis entscheident bestimmen können, liegt es nahe, der Frage nachzugehen, ob und inwieweit verfassungsrechtliche Anforderungen an ein rechtsstaatlich geordnetes Gerichtsverfahren Einfluß auf die Grenzen von Beweislastregelungen haben können.

Ausgangspunkt ist die zentrale Bedeutung des Rechtsschutzes und das anerkannte verfassungsbezogene Verständ-

---

568) BGH, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E BGH 1501, LS 1, 1502 = BGHZ 71, S. 102 (108).

569) BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, LS 1, 1753 f. = BB 1980, S. 569 (571); zu beiden Entscheidungen s.o.S. 18, 107 f. u. 119.

nis des Verfahrens- und Prozeßrechts für die Rechtsverwirklichung allgemein und die Grundrechtverwirklichung im Besonderen[570], was sowohl für das öffentliche Recht mit der besonderen Hervorhebung und ausdrücklichen Aufführung im Grundgesetz durch Art. 19 Abs. 4 GG als auch für das Privatrecht[571] gilt, für das zwar ausdrückliche verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantien fehlen, diese aber als Gebot des Rechtsstaatsprinzips anerkannt oder den jeweilig betroffenen Grundrechten[572] entnommen werden können und vom Grundsatz her unstreitig sind. Teilweise wird die Rechtsschutzgarantie in Verbindung mit dem aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleiteten Gebot der "Waffengleichheit im Prozeß" gesehen, der nicht nur für den Zugang zum Gericht, sondern auch für die Ausgestaltung und Anwendung der Verfahrensgrundsätze gilt und die gleichmäßige Behandlung der Verfahrensbeteiligten sowie die gleichmäßige, gerechte Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang gebieten soll[573]. Insgesamt wird daraus

---

570) Neben der in Fn. 4 (s.o.S. 2) aufgeführten Literatur und Rechtsprechung vgl. ferner Buermeyer V., Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 1975, passim; Stürner R., a.a.O. (Fn. 131), S. 31 ff. sowie aus der großen Zahl der Entscheidungen des BVerfG E 10, S. 264 (268); E 16, S. 289 (293); E 27, S. 297 (310); E 35, S. 263 (274); E 40, S. 95 (98 f.); E 40, S. 272 (275); E 46, S. 325 (334); E 49, S. 220 (225); E 49, S. 252 (257); E 52, S. 277 (280); s. auch oben S. 171 ff. m.w.N. in Fn. 437 f.

571) Vgl. hierzu nur Stürner R., a.a.O. (Fn. 111), NJW 1979, S. 2336; Walter G., a.a.O. (Fn. 185), S. 301 f.; BVerfGE 2, S. 380 (403); BVerfGE 42, S. 64 (73); BVerfGE 46, S. 325 (334 f.); BVerfGE 49, S. 220 (225); BVerfGE 50, S. 1 (3); BVerfGE 52, S. 131 (143 ff. u. 153 ff.).

572) Vgl. hierzu BVerfGE 42, S. 64 (73 ff.); BVerfGE 46, S. 325 (333ff.); BVerfGE 49, S. 220 (S. 225); BVerfGE 49, S. 252 (257); BVerfGE 51, S. 150 (156); BVerfGE 51, S. 324, 343 ff.; BVerfG, Beschl. v. 20.12.1979 = EuGRZ 1980, S. 57 ff.; BVerfGE 52, S. 203 (206 f.); BVerfG, Beschl. v. 29.4.1980 = NJW 1980, S. 1777 ff.

573) Z.B. BVerfGE 35, S. 263 (279); BVerfGE 52, S. 131 (143 f.); Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86), Art. 3 Abs. 1 Rdn. 50 f.

von Verfassungs wegen gefordert, daß der Gesetzgeber zur Gewährleistung der Erlangung und Erhaltung der materiellen Gerechtigkeit für ein gehöriges, faires Verfahren zu sorgen hat. Für den öffentlich-rechtlichen Bereich, in dem aus Art. 19 Abs. 4 GG ein lückenloser, tatsächlich wirksamer und "effektiver" Rechtsschutz gefolgert wird[574], ist ein Bezug zur Beweislastverteilung vereinzelt vor allem darin gesehen worden, daß Art. 19 Abs. 4 GG die Realisierung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG zugunsten des Einzelnen bedeute und dieser Schutz aus der Sicht des Bürgers weitgehend leerlaufen würde, wenn ihm Rechtsschutz immer schon dann versagt würde, wo ein Verstoß der Verwaltung gegen diese Bindungen zwar möglich, aber nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts feststellbar sei[575]. Die Chance, sich erfolgreich gegen eine hoheitliche Maßnahme erfolgreich zur Wehr setzen zu können, werde erheblich eingeschränkt, wenn das Gericht einen belastenden Verwaltungsakt nur dann aufhebe, wenn bewiesen sei, daß dieser zu Unrecht erlassen worden sei, aber fraglich bleibe, ob die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür wirklich gegeben seien. Der Betroffene müßte den Eingriff also selbst dann dulden, wenn er "in Wahrheit" dazu nicht verpflichtet wäre, dies aber nur nicht bewiesen werden könne[576]. Dasselbe gilt im Prinzip auch bei der Geltendmachung subjektiver öffentlicher Rechte und könnte die Folgerung nach sich ziehen, daß das

---

574) BVerfGE 15, S. 275 (282); BVerfGE 31, S. 113 (117); BVerfGE 35, S. 382 (401); BVerfGE 37, S. 150 (153); BVerfGE 40, S. 272 (275); ferner Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86) Art. 19 Abs. 4 Rdn. 1 ff.; Buermeyer V., a.a.O. (Fn. 570), S. 99 ff.; Lorenz D., a.a.O. (Fn. 4), S. 11 ff., 127 ff., jew. m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.; vgl. auch bereits Fn. 570.

575) So ausdrücklich Lüke G., a.a.O. (Fn. 86), JZ 1966, S. 590; Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 217 ff.

576) Die Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten gegen eine auf die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB gestützte Verfügung der Kartellbehörde wird auch von den Kritikern der Vermutungen besonders betont, ohne Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich zu nennen; s.o.S. 21 ff.; insbes. Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 723; Kleinmann/Bechtold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 15.

Rechtsverwirklichungsgebot des Art. 19 Abs. 4 GG und dessen materielle Ausstrahlungwirkung dazu führt, der Verwaltung auch die Feststellungslast dafür aufzuerlegen, daß die tatsächlichen Voraussetzungen eines solchen Rechtes, das im Wege einer Verpflichtungsklage geltend gemacht werde, nicht vorlägen, dieser Klage also auch bei einem non-liquet stattgegeben werden müsse[577]. Eine ähnliche Argumentation ist auch vereinzelt Verwaltungsgerichtsentscheidungen zu entnehmen, wenn ausgeführt wird, daß es eine mit der Rechtsschutzgarantie nicht zu vereinbarende Überlegenheit der Verwaltung bedeute, wenn die Gerichte in Zweifelsfällen an die Sachverhaltsfeststellung der Behörde gebunden seien und daher bei einer Abwehrklage Zweifel an den tatsächlichen Voraussetzungen eines Eingriffs zu Lasten der Behörde gehen müßten[578]. Mit dem Hinweis auf die "Überlegenheit" der Verwaltung, ihre besseren Aufklärungsmöglichkeiten und umgekehrt die Schwierigkeiten des von einer Verwaltungsmaßnahme Betroffenen, ein non-liquet zu verhindern, wird zugleich das Gebot der "Waffengleichheit im Prozeß" angesprochen. Eine Beweislastregelung zu Lasten des Bürgers könnte sich als unzulässige Stärkung der ohnehin überlegenen Stellung der Verwaltung gegenüber dem Bürger bei einer prozessualer Auseinandersetzung darstellen[579]. Eine verfassungsrechtlich unhaltbare "Waffenungleichheit" wollen denn auch die Kritiker der Marktbeherrschungsvermutungen in der Regelung des § 22 Abs. 3 GWB sehen[580].

---

577) So Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 230 ff. (234).

578) Z.B. BVerwGE 18, S. 168 (173).

579) So Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 49 ff.

580) So insbes. Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 200 f. u. WRP 1972, S. 13. Vgl. ferner oben S. 21 ff.

Im vom Verhandlungsgrundsatz geprägten Zivilprozeß ist zwar grundsätzlich davon auszugehen, daß die gesetzlichen oder von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Regeln über die Behauptungs-, Beweisführungs- und Beweislastverteilung dem Grunde nach den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein gehöriges, faires Verfahren entsprechen[581]. Andererseits werden aber in Abweichung von den "allgemeinen Regeln der Beweislast" im Einzelfall und für einzelne Bereiche aus "Billigkeits- und Gerechtigkeitsgesichtspunkten" für einzelne Tatbestandsmerkmale "Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast" gefordert oder vorgenommen, um der ansonsten beweisbelasteten Partei bei der Durchsetzung ihrer Rechte zu helfen[582]. Hervorzuheben sind die Bereiche des Produkthaftungs- und Arzthaftungsprozesses[583] sowie der Gedanke einer Beweislastverteilung nach "Gefahren- oder Sphärenbereichen"[584]. Diese Tendenz kommt deutlich in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung des BVerfG zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß zum Ausdruck, wenn es heißt, daß es verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen müsse, die Beweislast für ein bestimmtes Vorbringen generell einer Seite aufzubürden, die von der typischen Art der Fallkonstellation her in der Regel nicht in der Lage sein könne, den erforderlichen Beweis zu erbringen[585]. Auch in

---

581) So ausdrücklich BVerfGE 52, S. 131 (143 ff. u. 153 ff.); vgl. auch BVerfGE 36, S. 92 (97); BGHZ 53, S. 245 (LS 1 u. S. 250 ff.); hierzu s.o.S. 179 f.; aus dem Schrifttum z.B. Musielak H.J., a.a.O. (Fn. 1), S. 356 f.

582) Siehe hierzu bereits oben S. 69 ff.

583) Siehe hierzu oben S. 41 ff. m.w.N.

584) Vgl. Fn. 157 (S. 69).

585) BVerfGE 52, S. 131 (145 f.); vgl. auch BGH NJW 1971, S. 241; BGH NJW 1978, S. 1682; BGH NJW 1979, S. 1933. Ferner BVerfGE 37, S. 132 (145 ff.); E 49, S. 244 (249 ff.). Als weiteres Beispiel aus der Rspr. des BGH ist BGH NJW 1980, S. 1673 (1674) zu nennen, wo ausgeführt wird, daß dem Betreffenden nicht die Beweislast für Vorgänge aufgebürdet werden dürfte, die er nicht aufklären könne, weil sie sich ausschließlich im gerichtsinternen Bereich abgespielt hätten, ihm unbekannt seien und deren Unaufklärbarkeit allein in den Verantwortungsbereich des Gerichts falle - hier die Frage der Rechtzeitigkeit der Einlegung eines Einspruchs.

seinen Entscheidungen zu § 45 KO a.F.[586] und zum Mieterhöhungsverfahren nach dem Wohnraumkündigungsschutzgesetz[587] steht die Argumentation im Vordergrund, die beweisrechtlichen Anforderungen dürften nicht so hoch gesetzt werden, daß dies praktisch zu einer Rechtlosstellung führen würde, weil die von dieser Regelung betroffene Partei diesen Anforderungen nicht nachkommen könne.

b) Stellungnahme

So unbestritten wie das Verfassungsgebot zur Schaffung von Verfahren ist, die die Erlangung und Erhaltung materieller Gerechtigkeit gewährleisten, so wenig lassen sich doch konkrete Aussagen über Art und Inhalt dieses Gebotes festlegen. Daher ist auch die Formulierung des Gebotes eines "effektiven Rechtsschutzes" lediglich ein Blankettbegriff, aus dem im Laufe der Zeit und in einer umfangreichen Kasuistik Konkretisierungen - zum Beispiel hinsichtlich des Verbotes rechtlicher und faktischer Behinderungen des Zugangs zum Recht[588] oder unzumutbarer Erschwerungen[589] oder einer die Chancengleichheit der Parteien wahrenden, fairen Verfahrensgestaltung und Verhandlungsführung[590] - entwickelt worden sind. Da hinreichende verfassungsrechtliche Maßstäbe für konkrete Verfahrensordnungen fehlen und es in erster Linie eine Aufgabe des Gesetzgebers ist, das abstrakte Verfassungsgebot durch einfachgesetzliche Regelungen zu konkretisieren, kann sicher nicht von "dem verfassungsrechtlich gebotenen Verfahren schlechthin" gesprochen wer-

586) BVerfGE 24, S. 104 (110); s.o.S. 164 f.

587) BVerfGE 37, S. 132 (148); BVerfGE 49, S. 244 (249 ff.); s.o.S. 166 f. Vgl. auch BVerfGE 24, S. 104 (110).

588) Z.B. BVerfGE 16, S. 289 (293); BVerfGE 27, S. 297 (310).

589) Z.B. BVerfGE 10, S. 264 (268); BVerfGE 40, S. 272 (275).

590) Z.B. BVerfGE 40, S. 95 (98 f.); BVerfGE 46, S. 325 (334); BVerfGE 49, S. 220 (225).

den. Daher wird dem Gesetzgeber ein Regelungsermessen einzuräumen sein, dessen Gebrauch im Einzelfall nur dann als verfassungswidrig angesehen werden kann, wenn die Verfahrensgestaltung für einen Verfahrensbeteiligten schlechthin unzumutbar oder aus Sachgründen nicht zu rechtfertigen ist[591]. Schon von daher ist besondere Vorsicht angebracht, der Verfassung unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten Gebote oder Verbote für eine bestimmte Beweislastverteilung entnehmen zu wollen. Das BVerfG hat es denn auch zu Recht in seiner Entscheidung zum Arzthaftungsprozeß nicht unternommen, beweisrechtliche Korrekturen am Arzthaftungsprozeß unter "rechtsstaatlichen Verfahrensgesichtspunkten" vorzunehmen und etwa der Verfassung eine "Umkehr der Beweislast" zu Lasten des Arztes zu begründen.

Wenn wir zunächst den öffentlich-rechtlichen Bereich betrachten, so kann weder dem Art. 19 Abs. 4 GG noch dem Gebot der "Waffengleichheit im Prozeß" generell eine den Gesetzgeber bei der Regelung der Beweislast begrenzende Bedeutung zukommen. Das Gebot des "effektiven" Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG verlangt zwar auch eine nicht nur theoretische, sondern auch tatsächlich wirksame Kontrolle hoheitlichen Handelns durch die Gerichte[592] und betrifft auch die jeweilige Verfahrensgestaltung[593], ist aber für die Frage, wie am Ende eines Verfahrens entschieden werden soll, wenn der Sachverhalt ungeklärt geblieben ist, ohne Aussagewert. Insbesondere

---

591) Dahin geht wohl auch die Rspr. des BVerfG; vgl. E 41, S. 332 (334 f.); E 42, S. 64 (72 f.); E 52, S. 203 (207); E 52, S. 277 (280 f.); Beschl. v. 29.4.1980, NJW 1980, S. 1737; ferner Lorenz D., a.a.O. (Fn. 4), S. 635; Stürner R., a.a.O. (Fn. 111); NJW 1979, S. 2334 f.

592) BVerfGE 35, S. 263 (274).

593) BVerfGE 40, S. 95 f. (98 f.); E 46, S. 325 (334); E 42, S. 220 (225).

kann Art. 19 Abs. 4 GG kein Verbot für den Bürger belastende Beweislastnormen - auch nicht in Eingriffstatbeständen - entnommen werden.

Sicherlich ist der Rechtsschutz für den Bürger am "effektivsten", der ihm auch im Falle eines non-liquet zur Durchsetzung seines Rechtsstandpunktes verhilft, weil dann zwar nicht potentielle "Fehlurteile" schlechthin, aber solche zu seinen Lasten ausgeschlossen wären. Die Gefahr, daß ein in Wahrheit bestehender Leistungs- oder Abwehranspruch an dem Unaufklärbarkeitsrisiko scheitern könnte, wäre gebannt. Wollte man dem Art. 19 Abs. 4 GG wirklich unter dem Schlagwort eines "effektiven" Rechtsschutzes eine solche Bedeutung beimessen, müßte daraus konsequenterweise nicht nur für Abwehransprüche, sondern auch für Leistungsansprüche eine verfassungsrechtlich determinierte Beweislast zu Lasten der Verwaltung gefolgert werden[594].

Mit einer solchen Auslegung wird das Rechtsschutzgebot aber überspannt. Dessen Ziel ist es, daß sich der Einzelne gegen Akte der öffentliche Gewalt zur Wehr setzen, diese gerichtlich überprüfen lassen oder Ansprüche gerichtlich geltend machen kann, und dies in einem Verfahren, dessen Zugang ihm nicht verwehrt oder unzumutbar erschwert werden darf und dessen Ausgestaltung die Verwirklichung des materiellen Rechts gewährleisten soll. Bleibt aber am Ende eines den Rechtsschutz gewährenden Verfahrens der Sachverhalt in dem Maße unaufgeklärt, daß zur Überzeugung des Gerichts in tatsächlicher Hinsicht nicht festgestellt werden kann, welche Entscheidung das

---

594) So Michael A.R., a.a.O. (Fn. 7), S. 230 ff. (234).

materielle Recht gebietet, hat der Prozeß also insoweit zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt, ist eine Situation gegeben, die unter Rechtsschutzgesichtspunkten für beide Parteien gleich ist. Sie haben einen Anspruch darauf, daß auch in dieser Situation entschieden wird. Welcher Rechtsfolge dann aber der Vorzug gegeben werden soll, ist eine allein auf der materiell-rechtlichen Ebene und vom Gesetzgeber unter Abwägung der davon betroffenen Individual- und Gemeinschaftsinteressen zu entscheidende Frage, ohne daß Art. 19 Abs. 4 GG die Entscheidung einseitig in einer Richtung determiniert. Ganz in diesem Sinne wird denn auch allgemein kein Zweifel daran gelassen, daß im Verwaltungsprozeß von einer Beweislastverteilung auszugehen ist, daß also die Beweislastentscheidung auch zu Lasten des Bürgers gehen kann, ohne daß dies im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlichen Zweifeln begegnet.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses folgt auch daraus, daß der verfahrensrechtliche Schutz durch Art. 19 Abs. 4 GG im Hinblick auf die zu regelnde Frage der Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt nicht weiter gehen kann als das materielle Recht, dem es zu dienen hat. Wenn eine Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt zu Lasten des Bürger nach der Wertung des Grundgesetzes auch im Rahmen von Eingriffstatbeständen prinzipiell nicht zu beanstanden ist, kann auch Art. 19 Abs. 4 GG dieser Interessenabwägung nicht entgegenstehen. Wie zu entscheiden ist, wenn fraglich

bleibt, ob z.B. der Betrieb einer Industrieanlage, ein chemisches Erzeugnis oder ein Arzneimittel ungefährlich ist, bestimmte Lebensmittel vergiftet sind, Tiere verseucht sind, eine Person zum Fahren eines Kraftfahrzeuges geeignet ist, oder ein Schußwaffenbesitz erforderlich ist[595], kann ebenso wenig pauschal, einseitig und ohne Interessenabwägung allein unter Berufung auf das Rechtsschutzgebot beantwortet werden wie die Frage, ob ein Beamtenanwärter trotz Ungewißheit über seine "Verfassungstreue" zum Beamten ernannt[596] oder ein Kriegsdienstverweigerer trotz Ungewißheit über das Bestehen von Gewissensgründen vom Wehrdienst freigestellt werden darf[597].

Überdies steht hinter einem "im öffentlichen Interesse" ergangenen Gesetz letztlich der Schutz von Grundrechtspositionen mehr oder weniger abgrenzbarer Grundrechtsträger, die sich, sobald sich ihre Rechtsposition soweit verdichtet hat, daß sie zu Verfahrensbeteiligten werden, ebenfalls auf einen "effektiven Rechtsschutz" berufen können[598], so daß auch aus diesem Grund Art. 19 Abs. 4 GG für eine Entscheidung bei ungewissem Sachver-

---

595) Zur Erforderlichkeit der Interessenabwägung s.o.S. 191 ff.

596) BVerfGE 39, S. 344 ff.; s.o.S. 36 ff. u. 163; zur Rspr. des BVerwG s.o.S. 176 m.w.N.

597) BVerfGE 48, S. 127 ff.; s.o.S. 33 ff. u. 161 ff.; zur Rspr. des BVerwG s.o.S. 174 ff. m.w.N.

598) Zu den Auswirkungen "mehrpoliger" Rechtsverhältnisse auf die Beweislastfrage siehe bereits oben S. 192 ff.; ferner BVerfGE 35, S. 263 (279) (zur Beschwerdemöglichkeit bei Verwaltungsakten mit drittbelastender Doppelwirkung) und BVerwG DVBl. 1970, S. 62 (64) (zum Nachbarrecht).

halt keinen speziellen Aussagewert, insbesondere nicht gegen eine den Bürger belastende Beweislastregelung hat[599].

Bleibt letztlich noch dem Argument nachzugehen, daß eine den Bürger belastende Beweislastregelung gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen könne, weil der Einzelne wegen der durch diese Regelung begründeten Nachweispflicht in "Beweisnot" gerate, entsprechende Beweise nicht erbringen könne und die Durchsetzung seines Rechts an dem dadurch hervorgerufenen non-liquet scheitere. Darin könnte auch zugleich ein Verstoß gegen das Gebot der "Waffengleichheit im Prozeß" gesehen werden.

Zutreffend an dieser Überlegung ist der Ansatz, daß es eine Ausprägung des Gebots eines effektiven Rechtsschutzes ist, daß der Verwaltungsprozeß eine tatsächlich wirksame Kontrolle der Verwaltungsentscheidung und deren umfassende Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewährleistet[600]. Auch muß das Verfahren auf die Erlangung und Erhaltung materieller Gerechtigkeit ausgerichtet und bestrebt sein, daß eine Durchsetzung materieller Rechte des Einzelnen nicht an der Unaufklärbarkeit der tatsächlichen Voraussetzungen scheitert. Richtig ist auch, daß das Gebot der "Waffen- und Chancen-

---

599) Zur Schutzpflicht des Staates gegenüber den Bürgern und zu Abwägungsproblemen im Rahmen der Gefahrenabwehr vgl. ferner BVerfGE 39, S. 1 (41) "Fristenlösung"; E 46 S. 160 (164) "Schleyer-Urteil"; E 49, S. 89 (141) "Kalkar"; E 53, S. 30 (57) "Mühlheim-Kärlich"; E 39 S., 216 (226). So wird denn auch eine sich aus dem materiellen Tatbestand ergebende Beweislastverteilung "zu Lasten des Bürgers" zum Schutze von Leben und Gesundheit und von wichtigen Gemeinschaftsgütern allgemein und zur Herbeiführung einer "praktischen Konkordanz" anerkannt - vgl. nur das Recht der Gefahrenabwehr und das "Umweltschutzrecht".

600) BVerfGE 8, S. 274 (324); BVerfGE 25, S. 325 (364); BVerfGE 35, S. 263 (274); BVerfGE 35, S. 382 (401); BVerfGE 46, S. 166 (178).

gleichheit" im Verwaltungsprozeß eine wichtige Rolle spielt und die Beweislastverteilung unbestritten die Chancen einer Partei den Prozeß zu gewinnen oder zu verlieren beträchtlich erhöht.

Daraus kann aber für die Zulässigkeit von Beweislastnormen nichts hergeleitet werden. Im Grunde wiederholt sich hier die schon im Rahmen der Verwaltungsentscheidung näher dargelegte Argumentation[601]. Eine den Bürger belastende Beweislastnorm oder gesetzliche widerlegliche Vermutung könnte möglicherweise zu Bedenken Anlaß geben, wenn sie zu einer Durchbrechung des Untersuchungsgrundsatzes führte, der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als wesentlicher Bestandteil einer rechtsstaatlichen, den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes genügenden Verwaltungsprozesses angesehen wird, aber auch zahlreichen "Durchbrechungen", Ergänzungen und Einschränkungen unterworfen ist[602]. Es wäre in der Tat fraglich, ob es mit Art. 19 Abs. 4 GG und dem Gebot eines rechtsstaatlichen Verfahrens vereinbar ist, einen Bürger mit dem Nachweis von Tatsachen zu belasten, die nicht seinem Wissens- und Erkenntnisbereich angehören und die er sich auch nicht oder jedenfalls nicht in zumutbaren Weise verschaffen kann, und allein deswegen gegen ihn zu entscheiden, weil er keinen Beweis erbrachte hat[603]. Ein rechtsstaatliches, faires, zur Erhaltung und Verwirklichung des materiellen Rechts dienendes Verfahren hat eine effektive Wahrheitserforschung zu ermöglichen[604]. Daher ist jede Einschränkung

---

601) S.o.S. 218 ff.

602) Vgl. hierzu bereits oben S. 225 f. u. S. 64 ff. m.w.N.

603) Vgl. hierzu bereits oben S. 226 ff., S. 64 ff. Unter diesen Voraussetzungen ist die Kritik an den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB auch berechtigt.

604) Dies kommt auch stets in den Entscheidungen zum Ausdruck, die sich mit Beweislastfragen befassen; s.o.S. 232 und die in Fn. 565 zitierte Rechtsprechung (auch des BVerfG) sowie S. 155 ff. u. S. 171 f..

dieses Grundsatzes als Folge einer Durchbrechung der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß und die Statuierung von den Einzelnen betreffenden Nachweispflichten, denen er beim besten Willen nicht nachkommen kann, und jeder Verzicht auf ein Mittel zur Erforschung des Sachverhalts verfassungsrechtlich bedenklich[605]. Eine umfassende Sachverhaltsaufklärung durch das Verwaltungsgericht und damit eine umfassende Überprüfung der Verwaltungsentscheidung auch in tatsächlicher Hinsicht wird aber durch eine den Bürger belastende Beweislastnorm oder gesetzliche widerlegliche Vermutung nicht verhindert. Die im Verwaltungsprozeß auch im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes des Bürgers normierte Untersuchungspflicht bleibt vielmehr erhalten und ist gerade darauf gerichtet, den Sachverhalt voll aufzuklären und eine non-liquet-Situation zu vermeiden. Der Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen wird sogar noch erhöhte Bedeutung zukommen, wenn eine Beweislastentscheidung zu Lasten des Bürgers gehen sollte und insbesondere Grundrechtspositionen auf dem Spiele stehen. Daran hat die Rechtsprechung auch nie Zweifel gelassen[606]. Dabei kommt den Verwaltungsgerichten angesichts einer möglicherweise gesetzwidrigen Verwaltungspraxis[607], die sich unter Vernächlässigung der Untersuchungsmaxime auf die "zu ihren Gunsten" streitende Beweislastnorm oder gesetzliche widerlegliche Vermutung zurückzieht, eine besondere Verantwortung zu. Sie sollten sich nicht scheuen, allen unzulässigen Tendenzen einer Einschränkung der gesetzlichen Untersuchungsmaxime

---

605) Zu solchen Einschränkungen s.o.S. 225 f.; insbes. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 57 ff.; auch BVerfGE 33, S. 357 (383); BVerfGE 38, S. 105 (115 ff.).

606) Vgl. hierzu bereits oben S. 232 m.w.N.; zu den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB s.o.S. 18, S. 107, 112 f. u. S. 132.

607) S.o.S. 226 ff.; vgl. auch S. 64 ff., S. 85 f., S. 104,

und einer gesetzeswidrigen Verwaltungspraxis scharf entgegenzutreten, und die Verwaltung nicht noch durch eine mißverständliche Terminologie in ihren Entscheidungen oder gar eine ebenfalls unzulässige restriktive Handhabung der Untersuchungsmaxime in einer falschen Rechtsauffassung bestärken[608]. Soweit sich die Verwaltungsgerichte nicht gezwungen sehen, die Sache selbst spruchreif zu machen, und insbesondere formell und sachlich ausreichende Ermittlungen durch die Verwaltung fehlen, sollten entsprechende Verwaltungsakte aufgehoben werden[609]. Bleibt aber trotz allem am Ende des Prozesses der Sachverhalt ungewiß, muß nach den abstrakten Beweislastnormen entschieden werden, die ihre Legitimation aus der materiell-rechtlichen Abwägung der von dieser Entscheidung betroffenen Rechtsgüter erhalten. Eine Kollision mit rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen ist bei einer solchen Entscheidung nicht gegeben.

Damit erklärt sich zugleich auch, daß Beweislastnormen keinen Verstoß gegen das Gebot der "Waffen- oder Chancengleichheit" im Verwaltungsprozeß darstellen. Die "Waffengleichheit" im Prozeß bietet als spezielle verfahrensrechtliche Ausprägung des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG gleiche Angriffs- und Verteidigungsmöglichkeiten beider Parteien eines Prozesses und damit auch eine formale Gleichbehandlung[610]. Auf den Verwaltungsprozeß

---

608) Zu solchen Befürchtungen s.o.S. 113 ff.u. S. 64 ff. m.w.N.

609) Z.B. Redeker/v.Oertzen, a.a.O. (Fn. 3), § 113 Bem. 11f. Für das Kartellbeschwerdeverfahren vgl. z.B. WuW/E BGH 1978, 1682 ff. ("Valium II"); WuW/E OLG 2135, 2137 ("BAB-Tankstelle Bottrop Süd"); WuW/E OLG 2140, 2141 ff. ("Einbauküchen").

610) Vgl. Bötticher E., Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburger Universitätsreden, Heft 16, 2. Aufl. 1961, S. 9 ff.; Brüggemann D., Judex statutor et judex investigator, Bielefeld 1968, S. 176 f.; Hagen J., Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, Freiburg 1972, S. 90; Haverkämper B., Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Maximen des Verwaltungsprozeßrechts, Diss.1973, S. 74 ff.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86), Art. 3 Abs. 1 Rdn. 50. Aus der Rspr., vgl. BVerfGE 2, S. 380 (403); BVerfGE 9, S. 124 (130 f.); BVerfGE 26, S. 66 (71); BVerfGE 35, S. 348 (355); BVerfGE 38, S. 105 (111); BVerfGE 52, S. 131 (143 ff.).

bezogen bedeutet dies, daß die vorprozessualen Unterschiede zwischen Bürger und Verwaltung, die sich daraus ergeben, daß die Verwaltung ein entsprechendes Fachwissen und Erfahrungen hat, über die besseren Aufklärungsmittel und -möglichkeiten verfügt und das gesamte Prozeßmaterial verwaltet, das sie im Laufe des Verwaltungsverfahrens unter Einsatz ihres Apparates beschaffen konnte, und die mit dem Schlagwort der "typischen Überlegenheit der Verwaltung" bezeichnet werden, nicht dazu führen dürfen, daß darunter der Rechtsschutz des Bürgers leidet. Die Verfahrensordnungen berücksichtigen dies, sind auf diese Besonderheiten speziell zugeschnitten und enthalten eine Reihe von Bestimmungen, die dem Rechnung tragen und insbesondere dem Gericht die Möglichkeit geben, den Sachverhalt vollständig aufzuklären und eine materiell richtige Entscheidung zu treffen[611]. Dazu zählt vor allem der Untersuchungsgrundsatz. Da dieser aber durch Beweislastnormen und gesetzliche widerlegliche Vermutungen nicht zu Lasten des Bürgers durchbrochen wird, sind diese auch nicht unter dem Gesichtspunkt der "Waffengleichheit im Prozeß" verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

Dabei ist zudem vor einem weiteren Mißverständnis zu warnen, dem ein falsches Verständnis des Gebotes der "prozessualen Waffengleichheit" im Hinblick auf die Beweislastverteilung zugrunde liegt. Wenn im Anschluß an Bötticher[612] von der gleichmäßigen Verteilung des Risikos am Prozeßausgang die Rede ist, darf daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß auch das Beweislastrisiko "gleichmäßig" zu verteilen sei. Dies kann weder aus

---

611) Vgl. hierzu nur Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 42 ff. Speziell zum Kartellrecht vgl. Albrecht W., a.a.O. (Fn. 338), WuW 1982, S. 836 ff. zu Möglichkeiten und Grenzen von Auskunftsersuchen.

612) A.a.O. (Fn. 610), S. 15 ff. Hierauf beziehen sich auch Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86), Art. 3 Abs. 1 Rdn. 50 und die die Entscheidung nicht tragenden Richter in BVerfGE 52, S. 131 (143 f.) (zum Arzthaftungsrecht).

Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet werden, noch entspricht dies dem Wesen einer Beweislastentscheidung bzw. einer Beweislastnorm, die notwendigerweise "ungleich" ist, weil bei einem non-liquet eben nur die durch die Beweislastnorm bestimmte Entscheidungsalternative gilt. Diese Entscheidung muß sich verfassungsrechtlich nach materiell-rechtlichen Kriterien rechtfertigen. Mit dem auf die Verfahrensgestaltung bezogenen Gebot der "Waffengleichheit im Prozeß" hat dies nichts zu tun. Die "Waffengleichheit" muß durch Verfahrensvorschriften und die Verfahrensleitung des Gerichts gewährleistet werden und nicht durch Beweislastnormen. Vor allem ist es aber Aufgabe des Gerichts - gerade auch im Hinblick auf eine den Bürger belastende Beweislastregelung im Rahmen der Eingriffs- wie der Leistungsverwaltung - durch eine entsprechende Verhandlungsführung und gegebenenfalls eine Intensivierung der Untersuchungsmaxime für eine umfassende Sachverhaltsaufklärung zu sorgen. Bleibt letztlich doch nur eine Beweislastentscheidung übrig, dann wird diese von den in der Beweislastnorm zum Ausdruck kommenden materiell-rechtlichen Abwägung bestimmt. Das Gebot der Waffengleichheit gibt hierfür nichts her[613].

Ferner ist das im Zusammenhang mit rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen und insbesondere im Rahmen der Kritik an den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB häufig vorgetragene Argument der "Beweisnot", in der sich der Bürger befinde, isoliert betrachtet kein taugliches Kriteri-

---

613) Dies ist letztlich auch der Grund, warum anerkannt wird, daß eine Beweislastentscheidung ebenso wie sonstige Regelungen auch zu Lasten des Bürgers gehen kann und ein Verstoß gegen das Gebot der "Waffengleichheit" im allgemeinen kaum erörtert wird.

um für die Beweislastverteilung allgemein und insbesondere für deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit. Anerkanntermaßen richtet sich die Beweislastverteilung im übrigen auch nicht danach, wer von den Prozeßbeteiligten die tatsächlichen Voraussetzungen eines Tatbestandsmerkmals besser nachweisen kann[614]. Andererseits kann der "Sphärengedanke" durchaus ein - möglicherweise sogar entscheidendes - Motiv für den Gesetzgeber bei der Regelung der Beweislast sein, wie zahlreiche Regelungen belegen[615]. Er wird oft den Bürger belastende Beweislastnormen auch rechtfertigen[616], darf aber nicht allein in den Vordergrund gestellt werden, nicht nur weil er sehr unbestimmt ist, sondern auch weil es bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung vielmehr entscheidend auf die Abwägung zwischen den von einer Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt betroffenen Rechtsgüter ankommt. Im übrigen verbleibt es im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß bei der die Sachverhaltsaufklärung sichernden Untersuchungsmaxime. Im Prozeß ist es Sache des Gerichts, der "Beweisnot" zu begegnen, den Sachverhalt aufzuklären oder gegebenenfalls eine Verwaltungsentscheidung wegen unzureichender Ermittlungen aufzuheben. Darüber hinaus besteht in Fällen, in denen die Feststellung eines bestimmten Umstandes typischerweise schwierig ist, die Möglichkeit, mit "Beweiserleichterungen auf der Ebene der Beweiswürdigung ein non-liquet zu vermeiden, wo immer dies gesetzlich zulässig ist und

---

614) Lediglich für bestimmte Bereiche des Schadensrechts wird eine Beweislastverteilung nach "Sphärenbereichen" teilweise befürwortet; hierzu s.o.S. 71 Fn. 162.

615) Für das Zivilrecht vgl. Musielak H.J., a.a.O. (Fn. 1), S. 303 ff., 359 ff. m.w.N. sowie Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 206 ff. für das Verwaltungsrecht m.w.N.

616) BVerfGE 9, S. 167 (170 ff.); BVerfGE 9, S. 137 (152); s.o.S. 158 ff. Häufig ist es ja gerade so, daß sich die Verwaltung in einer "Beweisnot" befindet, da die für ihre Entscheidung erforderlichen Umstände aus der Sphäre des Betroffenen oder anderer Privatrechtssubjekte stammen.

geboten erscheint. So haben das BVerfG und das BVerwG trotz der Schwierigkeiten des "Nachweises" einer Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen keine Bedenken gegen eine den Antragsteller treffende Feststellungslast aus dem Gesichtspunkt der "Waffengleicheit" oder der "Beweisnot", weil es die Verfassung sogar verlange, daß die Voraussetzungen einer Befreiung von der allgemeinen Wehrpflicht feststehen müßten. Den Nachweisschwierigkeiten soll aber bei der Beweiswürdigung Rechnung getragen werden[617].

Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Beweislastnormen unter verfahrensrechtlichen Aspekten ist im Zivilprozeß - im Gegensatz zum Verwaltungsprozeß - dadurch gekennzeichnet, daß in erster Linie Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten sachgerecht gelöst werden sollen und dafür ein Verfahrensrecht zur Verfügung steht, das entsprechend dem privatrechtlichen Charakter der geltend gemachten Ansprüche von der Verhandlungsmaxime und den sich daraus ergebenden Darlegungs- und Beweisführungslasten bestimmt wird[618]. Diese prozessualen Folgewirkungen einer Beweislastregelung sind bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung zivilrechtlicher Beweislastnormen besonders zu bedenken. Die beweisbelastete Partei würde oft wegen der Schwierigkeit oder gar Unmöglichkeit der Beweisführung bereits dann unterliegen, wenn sie keine hinreichenden Tatsachen für das entsprechende Tatbestandsmerkmal darlegen und Beweis dafür antreten könnte.

---

617) S.o.S. 161 ff. u. 174 ff. Zur Herabsetzung der Beweisanforderungen in unterschiedlichen Bereichen z.B. BVerwGE 10, S. 169 (170 f.); BVerwGE 41, S. 53 = NJW 1973, S. 635 (636); BVerwGE 39, S. 197 (205); BVerwGE 49, S. 154 (156, 159); BVerwG NJW 1978, S. 2463 (2464); BSGE 24, S. 25 (28 f.).

618) S.o.S. 61 ff.

Die durch den Verhandlungsgrundsatz in Verbindung mit der jeweiligen Beweislastnorm bewirkte "Darlegungs- und Beweisnot" wirkt sich daher im Zivilprozeß besonders negativ auf die von einem rechtsstaatlichen Verfahren geforderte Gewährleistung der Erhaltung und Erlangung materieller Gerechtigkeit aus. Vor allem im Schadensrecht wurde dies als unbefriedigend empfunden und nach beweisrechtlichen Lösungsmöglichkeiten gesucht. Arzthaftungsrecht und Produkthaftungsrecht sind hierfür die herausragenden Bereiche[619]. Mit dem BVerfG wird man aber davon ausgehen können, daß verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ausgestaltung des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens mit seinen Regeln über die Beweisführung, den Beweiserleichterungen und der Verteilung der Beweislast, die im Zusammenhang mit den übrigen Verfahrensvorschriften und der Stellung des Richter gegenüber den Parteien zu sehen sind, von seiner Grundkonzeption her nicht begründet sind[620]. Andererseits kann es im Hinblick auf eine effektive Rechtsverwirklichung verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen, wenn die Beweislast für ein bestimmtes Vorbringen generell einer Seite aufgebürdet wird, die von der typischen Art der Fallkonstellation her in der Regel nicht in der Lage sein kann, den erforderlichen Beweis

---

619) S.o.S. 40 ff.; 165 ff.; 179 f.; zur Produkthaftung vgl. insbesondere Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), passim.

620) Dieser Auffassung waren bei der Entscheidung zum Arzthaftungsprozeß sowohl die Richter, die die Entscheidung tragen (BVerfGE 52, S. 131 (154, 158) als auch die dissentierenden Richter (BVerfGE 52, S. 131 (144 f.) ; vgl. auch BVerfGE 36, S. 92 (97). Daran besteht allgemein kein Zweifel, wenn auch in Einzelfällen rechtspolitische Kritik geübt wird und "Verbesserungsvorschläge" gemacht werden. Vgl. aus der neueren Rspr. auch des BGH die Entscheidungen in NJW 1983, S. 328 ff., 332 u. 333, in denen die Dokumentationspflicht und die Vorlage von Krankenunterlagen zur Erleichterung der Darlegungs- und Aufklärungsmöglichkeiten betont, an der grundsätzlichen Nachweispflicht des Patienten aber regelmäßig festgehalten wird.

zu erbringen[621]. Hieraus aber ein allgemeines verfassungsrechtliches Gebot für die Beweislastverteilung ableiten zu wollen, an das der Gesetzgeber gebunden ist, erscheint nicht gerechtfertigt. Dies wird auch weder von den Vertretern einer Beweislastverteilung nach "Gefahren- und Sphärenbereichen" gefordert, noch ist dies der Rechtsprechung zu entnehmen.

Dabei wird zwar unverkennbar vielfach die Beweislast für das Verschulden bei der positiven Vertragsverletzung nach dem Gedanken des Gefahrenbereiches "verteilt"[622] und auch im Schrifttum soll sich vor allem nach Prölss[623] als Folge eines überpositiven Gerechtigkeitsgebotes die Beweislast auch im Deliktsprozeß und über das Verschulden hinaus auch für die Kausalität nach "Gefahrenbereichen" richten, da derjenige "näher daran" sei, die Folgen der nicht vollständigen Aufklär-

---

621) Dies ist der Ausgangspunkt der Statuierung von "Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr" im Bereich des haftungsbegründenden Ursachenzusammenhanges im Arzthaftungsprozeß, vgl. hierzu aus der umfangreichen Rechtsprechung nur die bereits zitierten Entscheidungen, sowie ferner BVerfGE 52, S. 131 (144 f.); BGHZ NJW 1961, S. 777; BGHZ 1972, S. 1520 m.w.N.; aus der neueren Rspr. BGH NJW 1978, S. 1682 u. 2337; BGH NJW 1979, S. 1933; BGH NJW 1981, S. 2002. Zur Produkthaftung vgl. Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 21 ff. u. S. 48 ff.; Feldmann F.J., a.a.O. (Fn. 10), S. 25 ff. jeweils m.w.N. Zur allgemeinen Tendenz einer "Umkehr der Beweislast" aus Billigkeitsgesichtspunkten und einer Beweislastverteilung nach "Gefahren- und Sphärenbereichen" s.o.S. 71, Fn. 162 sowie Schwab K.H., a.a.O. (Fn. 7), S. 514 ff. Über die Entwicklung in der Rspr. zur "Beweislastumkehr" instruktiv BGH NJW 1979, S. 1688 f.

622) Vgl. hierzu ausführlich Musielak H.-J., Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen. Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs, AcP 176 (1980), S. 465 m.w.N. der Rspr. in Fn. 3.

623) Prölss J., a.a.O. (Fn. 157), S. 65 ff..

barkeit eines Vorganges zu tragen, der sich in seinem "Bereich" zugetragen habe. Ein allgemeines verfassungsrechtlich gebotenes Prinzip soll daraus aber weder gemacht werden, noch werden etwa verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber einer diesem Prinzip widersprechenden Beweislastverteilung in anderen Bereichen und für andere Tatbestandsmerkmale oder gar ausdrücklichen gesetzlichen Beweislastnormen erhoben. Es geht der "Gefahrenkreislehre" vielmehr um die Begründung eines anderen Beweislastverteilungsprinzips für bestimmte Tatbestandsmerkmale als es der formalistischen Normentheorie zugrunde liegt[624]. Einen verfassungsrechtlichen Absolutheitsanspruch erhebt sie also selbst nicht. Zudem würde ein solcher Ansatz auch in letzter Konsequenz einer abstrakten Beweislastregelung entgegenstehen[625], da eine "Beweisnot" als ausschlaggebendes Element in vielfältiger Weise bei nahezu jeder Beweisfrage und in jedem Prozeß auftreten kann. Konsequenterweise müßte dem Gesetzgeber überhaupt die Befugnis zur Regelung der Beweislast und zur Bestimmung dessen, was in einem Prozeß festgestellt werden muß, um eine bestimmte Rechtsfolge auszusprechen "von Verfassungs wegen" abgesprochen werden. Ferner würde dies zu einer mit rechtsstaatlichen Grundsätzen kaum zu vereinbarenden Rechtsunsicherheit führen und wird denn auch nicht ersthaft diskutiert[626].

---

624) S.o.S. 66 ff., S. 68 ff. zur Normentheorie.

625) Dies klingt in der Meinung der dissentierenden Richter, BVerfGE 52, S. 131 (147), an, wenn gefordert wird, daß in jedem Einzelfall von Mal zu Mal geprüft werden müsse, ob dem Patienten nach allem die regelmäßige Beweislastverteilung noch zugemutet werden dürfe.

626) Die dissentierenden Richter hielten es daher für erforderlich klarzustellen, daß sie trotz ihrer befürworteten "Einzelfallbetrachtung" nicht allgemein sagen wollten, daß Beweislastnormen nicht generell im voraus bestimmt, sondern in jeder Prozeßlage erst neu zu bestimmten wären, BVerfGE 52, S. 131 (147). Wie sich dies mit ihren anderen Ausführungen vereinbaren läßt und welche Bedeutung eine abstrakte Beweislastregelung dann überhaupt noch haben kann, bleibt unklar. Die Richter schreckten wohl vor den unübersehbaren Folgen ihres eigenen Ausgangspunkte zurück.

Ferner hat sich die "Gefahrenkreislehre" zu Recht nicht durchsetzen können und wird daher um so weniger eine gesetzliche Beweislastregelung verfassungsrechtlich determinieren können, zumal schon keine genaue Abgrenzung von Gefahrenbereichen vorgenommen werden kann, bei der die Beweislastregelungen der §§ 282, 285 BGB analog angewendet werden könnten, und auch hinsichtlich der Kausalität in der Regel von einer objektiven Pflichtverletzung, die aus dem Herrschaftsbereich des Schuldners stammt, im Rahmen der freien Beweiswürdigung und nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises auf den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden geschlossen werden kann[627]. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist letztlich ausschlaggebend, daß die Frage der besseren Beweismöglichkeiten - ebenso wie die an anderer Stelle bereits behandelten Wahrscheinlichkeitsüberlegungen[628] - lediglich ein Aspekt bei der Regelung der Beweislast ist, der allerdings durchaus im Einzelfall ein ausschlaggebendes oder zusätzliches rechtfertigendes Element bei einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Beweislastverteilung sein kann, insbesondere wenn er von einem ansonsten befürworteten Beweislastverteilungssystem, wie es für die Bereiche des Zivilrechts - insbesondere für die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches - angesehen werden kann, abweichen will[629]. Dabei ist weiter zu bedenken, daß im Zivilrecht durchaus von einem Grundprinzip der Beweislastverteilung ausgegangen werden kann, das auf ei-

---

noch Fn. 626) Dazu, daß die Erschwerung oder das Unvermögen einer Partei, Beweise zu erbringen, die Feststellungslast nicht beeinflußt vgl. allgemein Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 144 m.w.N.; Rosenberg L., a.a.O. (Fn. 3), S. 163.

627) Zur Kritik an der "Gefahrenbereichslehre" vgl. vor allem Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 622), AcP 176 (1980), S. 465 ff.; ebenso Schwab K.H., a.a.O. (Fn. 7), S. 514 ff.

628) S.o.S. 66 ff., 81 ff., 124 ff., 223 ff.

629) Zu den gesetzgeberischen Motiven und Begründungen einzelner ausdrücklicher Beweislastnormen im BGB vgl. Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 303 ff., 359 ff.; Lepa M., a.a.O. (Fn. 7), S. 132 ff.

ner langen historischen Tradition beruht, dessen sich auch der Gesetzgeber bewußt ist und das gerade als Ausdruck von Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit angesehen wird[630]. Danach muß derjenige, der einen Anspruch erhebt und ein Urteil gegen einen anderen begehrt, auch beweisen, daß die tatsächlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Daß dies im Einzelfall unter Umständen schwierig sein kann, ist dabei selbstverständlich Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, daß die Rechtsfolge im Falle eines Rechtsstreites nur ausgesprochen werden soll, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen zur Überzeugen des Gerichts festgestellt worden sind. So soll nach dem in § 823 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommenden Verschuldungsprinzip ja nur der haften, der durch sein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten den Schaden verursacht hat. Bei dieser gesetzlichen Wertung - zum Ausdruck gekommen in der Beweislastregelung - kann verfassungsrechtlich grundsätzlich nichts dagegen sprechen, daß der Richter einem auf diese Anspruchsgrundlage gestützten Anspruch nur stattgeben darf, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen festgestellt worden sind, es sei denn, man wolle der Verfassung ein anderes Haftungsprinzip oder eine Haftungsverschärfung - z.B. in Form einer Gefährdungshaftung oder einer Risiko-Erfolgshaftung mit unterschiedlichen Varianten für eine Risikotragung bei ungewissem Sachverhalt -, und sei es auch nur für spezielle Teilbereiche, entnehmen. Letzteres kann aber regelmäßig nicht angenommen werden. So mögen zwar "Konkretisierungs- und Verbesserungsvorschläge" für bestimmte Bereiche das Schadensrecht de lege ferenda gemacht werden, wie dies z.B. im Arzthaftungs-

630) Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 273; Schwab K.H., a.a.O. (Fn. 7), S. 516 f. jew. m.w.N.; s.o.S. 68 ff. zur "Beweislastgrundregel" des Zivilprozesses.

recht[631]) und bei der Produkthaftung[632]) der Fall ist, aus der Verfassung wird aber schwerlich eine bestimmte haftungsrechtliche Ausgestaltung der Arzthaftung oder der Produkthaftung mit entsprechender Beweislastregelung abgeleitet werden können. Das Regelungsproblem und die dabei vorzunehmende Abwägung der vielschichtigen Interessen ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, dem hierbei ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen ist. Er hat dabei eine "praktische Konkordanz" zwischen einem hinreichenden Schutz des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das präventiv zur Vermeidung von Gesundheitsverletzungen und im Falle einer Gesundheitsverletzung infolge einer ärztlichen Behandlung oder der Benutzung eines "Produktes" auch von der Privatrechtsordnung[633]) effektive Sanktionen verlangt, sowie den Vermögensinteressen eines Geschädigten einerseits und den Vermögens- und Wirtschaftsinteressen von Ärzten, Krankenhäusern und "Produzenten" nach Art. 14 Abs. 1; 12 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG andererseits herzustellen. Auch die Interessen der Allgemeinheit - z.B. an einer nicht von Haftungsrisiken zu sehr beeinträchtigten Ge-

---

631) Vgl. hierzu allgemein die Gutachten und Diskussionsberichte zum Arztrecht in: Verhandlungen des 52. DJT, Bd. I A u. Bd. II J, München 1978.

632) Vgl. hierzu ausführlich Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 87 ff. m.w.N.

633) Das öffentliche Recht reagiert darauf z.B. präventiv mit Ausbildungs-, Prüfungs- und Eignungsanforderungen für bestimmte Berufe (z.B. Ärzte, Krankenschwestern usw.) und der Statuierung von Beschaffenheitsanforderungen für technische Anlage und Geräte sowie entsprechenden Prüfungs-, Zulassungs- und Überwachungsvorschriften und -verfahren oder repressiv im Einzelfall mit Verbotsverfügungen (z.B. Berufsausübungsverbote, Verbot des weiteren Betriebes einer Anlage oder des Vertriebes eines Produktes). Vgl. allgemein Lukes R., 150 Jahre Recht der technischen Sicherheit in Deutschland, in: Risiko - Schnittstelle zwischen Recht und Technik (VDE-Studienreihe 2), Berlin/Offenbach 1982; ders., Das Schadensausgleichsrecht - Funktionen und Faktoren im Zeitalter der Technik, VersR 1983, S. 697 ff.; Backherms J., Die Haftung der Prüfstellen im Rahmen des Maschinenschutzgesetzes GewArch. 1979, S. 119 ff.

sundheitspflege oder Wirtschaftsordnung und die Übereinstimmung mit einem bestehenden Haftungsrechtssystem und die unterschiedliche, differenzierte Ausgestaltung der Haftung in anderen speziellen Bereichen sind in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG[634] zu berücksichtigen.
Die Regelungsmöglichkeiten reichen z.B. von einer Verschuldenshaftung über eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr - d.h. einer Haftung bei nicht nachgewiesener Schuldlosigkeit - bis hin zu einer Gefährdungshaftung, wobei weitere Haftungserweiterungen durch eine Beweislastumkehr für die haftungsbegründende Kausalität oder z.B. für die Fehlerhaftigkeit der ärztlichen Behandlung oder eines Produktes nach "Inverkehrbringen" denkbar sind. Der Frage, ob all diese Möglichkeiten im einzelnen verfassungsmäßig sind, soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Die zuvor angestellten Überlegungen zeigen jedenfalls, daß die jeweilige Beweislastregelung im Zusammenhang mit den Haftungsvoraussetzungen und damit mit der Ausgestaltung der Haftung allgemein zu sehen ist, die eine Abwägung vielschichtiger Interessen verlangt. Eine Arzthaftung oder eine Produkthaftung mit umgekehrter Beweislast für einzelne Tatbestandsmerkmale wird sich daher schwerlich aus der Verfassung entnehmen lassen[635]. Dann können aber auch formale verfahrensrechtliche Verfassungsgarantien wie die des Gebotes eines rechtsstaatlichen Verfahrens die materielle Güter- und Interessenabwägung für eine Konkretisierung des Haftungsrechts in bestimmten Bereichen nicht einseitig unter dem Gesichtspunkt des "Gefahren- oder Sphärenbereichs" fest-

---

634) Vgl. für die Reform der Produkthaftung insbes. Lukes R., a.a.O. (Fn. 10), S. 87 ff., der die Reformvorschläge im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG einer kritischen Würdigung unterzieht und eigene Vorschläge für eine systemgerechte Produkthaftung macht.

635) Dies wird auch ernsthaft nicht erwogen; es werden lediglich mit unterschiedlichen Begründungen "Verbesserungsvorschläge" gemacht.

legen. Das BVerfG[636] hat denn auch bei seiner Entscheidung zum Artzhaftungsprozeß - trotz unterschiedlicher Auffassung der Richter über die zu entscheidende Frage der verfassungsmäßigen Handhabung des Beweis- und Verfahrensrechts - übereinstimmend die bestehende abstrakte Beweislastverteilung - Beweislast für die haftungsbegründenden Voraussetzungen beim anspruchstellenden Patienten - verfassungsrechtlich nicht beanstandet und keine Artzhaftung mit umgekehrter Beweislast aus der Verfassung begründet. Dies führt zu der richtigen Überlegung, daß das Problem der abstrakten Beweislastverteilung, also die Frage, welche Voraussetzungen im Streitfall feststehen müssen, damit die Rechtsfolge einer Haftung ausgesprochen werden kann, auf der Ebene des materiellen Verfassungsrechts im Rahmen der Herbeiführung einer "praktischen Konkordanz" liegt und weniger etwas mit einer fairen und rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung zu tun hat. Letzteres bezieht sich auf die Handhabung des Verfahrens- und Beweisrechts unter Respektierung einer ansonsten nach materiellem Verfassungsrecht nicht zu beanstandenden Regelung, einschließlich ihrer abstrakten Beweislastverteilung, und den sich möglicherweise im Einzelfall ergebenden Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten. Wenn ein faires, rechtsstaatliches Verfahren eine effektive Wahrheitserforschung ermöglichen muß und diese an ungleichen Aufklärungsmöglichkeiten der Parteien zu scheitern droht, ist daher z.B. zu fragen, inwieweit der Anspruchsgegner unabhängig von der abstrakten Beweislastverteilung zu einer näheren Darlegung und Substantiierung hinsichtlich eines bestimmten Sachverhaltes verpflichtet sein kann, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist, und ob er ge-

---

636) BVerfGE 52, S. 131 (144 ff. u. 153 ff.); s.o.S. 165 f.

gegebenenfalls auch verpflichtet ist, bestimmte Beweismittel, die sich in seinem Besitz befinden oder unter normalen Umständen befinden müßten, vorzulegen. Dafür lassen sich in Literatur[637] und Rechtsprechung[638] vielfältige Ansatzpunkte finden. Daneben kann es rechtsstaatlich geboten sein, unter Berücksichtigung der jeweiligen materiellen Norm und der konkreten Prozeßsituation keine übertriebenen oder unerfüllbaren Anforderungen an die Beweisführung und das Beweismaß zu stellen und im Rahmen der Beweiswürdigung, einschließlich der Anwendung von Anscheinsbeweisen, zu einer Tatsachenfeststellung zu kommen[639]. Dies ist aber keine Frage der abstrakten Beweislast, sondern der jeweils auf den Einzelfall bezogenen fairen Handhabung des Verfahrens- und Beweisrechts[640].

---

637) Zum Problem der Substantiierungspflicht und Aufklärungspflicht des Anspruchsgegners vgl. umfassen z.B. Stürner R., a.a.O. (Fn. 131), passim; ferner Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 144.

638) Vgl. z.B. im Wettbewerbsrecht die Rspr. zu § 3 UWG; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Fn. 468), § 13 Rdn. 119 m.w.N.; prägend insofern BGHZ 63, S. 270 (271) ("Bärenfang") = NJW 1962, S. 2149; im Scheidungsrecht die Rspr. zu § 48 Abs. 2 BGB a.F. BGH NJW 1970, S. 806 ff. (wobei anzumerken ist, daß diese Problematik seit Inkrafttreten des 1. Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14.6.1976 (BGBl. I S. 1421) nicht mehr besteht); sehr instruktiv BGH NJW 1979, S. 2149 f. für eine differenzierte "Darlegungslast". Auch die angemessene Sanktionierung auf eine Beweisvereitelung wird hierzu gerechnet werden können; vgl. dazu nur Musielak H.-J., a.a.O. (Fn. 1), S. 133 ff.; im Arzthaftungsprozeß kommt der Pflicht zur angemessenen Dokumentation eine Bedeutung für die Sachverhaltsaufklärung zu; vgl. die in Fn. 681 angegebenen Entscheidungen. Allgemein Stürner R., a.a.O. (Fn. 131), passim; dens., a.a.O. (Fn. 111), NJW 1979, S. 2335 m.w.N.

639) Vgl. hierzu bereits oben S. 72 u. S. 248 f.; ferner BVerfGE 37, S. 132 (148) zum Mieterhöhungsverlangen; s.o.S. 166 f.

Damit ist zugleich festgestellt, daß das Gebot der "Waffengleichheit" auch im Zivilprozeß für die abstrakte Beweislastregelung ohne Aussagewert ist[641]. Das abstrakte Beweislastrisiko ist typischerweise "ungleich", richtet sich nach materiell-rechtlichen Kriterien und hat mit der formalen Gleichbehandlung der Parteien im Prozeß nichts zu tun. Völlig zu Recht hat das BVerfG daher auch aus dem Postulat der "Waffengleichheit" keine Rückschlüsse auf eine Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß gezogen[642]. "Waffengleichheit" ist im Zivil-

---

640) Dies ist auch der grundlegende Gedanke der Entscheidungen des BVerfG zum Zwangsvollstreckungsverfahren ohne anwaltliche Vertretung; BVerfGE 42, S. 64 (74 ff.); BVerfGE 46, S. 325 (334 f.); BVerfGE 49, S. 220 (225). Dahin tendieren möglicherweise auch die dissentierenden Richter in BVerfGE 52, S. 131 (144 f.), die grundsätzlich die abstrakte Beweislastverteilung anerkennen, im Einzelfall aber für eine faire, zumutbare Handhabung des Beweisrechts eintreten, wobei sie eine klare Terminologie vermissen lassen.

641) Zu diesem Verfassungsgebot im allgemeinen und dessen Bedeutung für den Verwaltungsprozeß s.o.S. 246 ff. m.w.N., wobei bereits darauf hingewiesen wurde, daß die von Bötticher E., a.a.O. (Fn. 610), S. 15 ff. aufgestellte These von der gleichmäßigen Verteilung des Risikos am Prozeßausgang oft mißverstanden wird und sich auf das Verfahren als solches, nicht aber auf die Beweislastverteilung bezieht, die er selbst nicht einmal andeutungsweise etwa verfassungsrechtlich in Frage stellt. Ähnlich Habscheid W.J., Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JF 1958, S. 361 (364); Lerche P., Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 78 (1965), S. 1 (19 Fn. 41), der eine Verfassungswidrigkeit allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbotes erwägt. Vgl. auch BGHZ 53, S. 245 (252 f.) ("Anastasia"); hierzu s.o.S. 180 ff.

642) BVerfGE 52, S. 131 (156); so auch Stürner R., a.a.O. (Fn. 131), NJW 1979, S. 2337. Dies ist im übrigen auch der Grund, warum im Verwaltungsprozeß aus der "Überlegenheit der Verwaltungsbehörde" ebensowenig entscheidende Rückschlüsse auf eine verfassungsrechtliche Beweislastregelung zu Lasten der Behörde gezogen werden konnten; s.o.S. 238 ff., 246 ff.

prozeß somit lediglich als die verfassungsrechtlich gewährleistete Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung vor dem Richter zu verstehen, der den Prozeßparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit zu geben hat, alles für die Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbständig geltend zu machen[643]. Ferner hat der Richter die Pflicht, diese "Gleichstellung" durch eine objektive, faire Verhandlung, Unvoreingenommenheit zur Verwertung und Bewertung des jeweiligen Vorbringes, unparteiische Rechtsanwendung und korrekte Erfüllung seiner sonstigen prozessualen Obliegenheiten gegenüber den Prozeßbeteiligten zu wahren[644]. Darüber hinaus lassen sich aus einer so verstandenen prozessualen "Waffengleichheit" für das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren keine verfassungsrechtlichen Folgerungen für die abstrakte Beweislastverteilung, möglicherweise aber für die Handhabung des Verfahrens- und Beweisrechts, wie dies bereits dargelegt worden ist, herleiten.

Ein so gehandhabtes Verfahrens- und Beweisrecht ist die angemessene Reaktion auf Nachweisschwierigkeiten. Sollte dennoch der Sachverhalt unaufgeklärt, also z.B. fraglich bleiben, ob ein ärztlicher "Kunstfehler" vorliegt oder dieser adäquat-kausal einen Schaden verursacht hat, kann eine solche Ausgestaltung des Haftungsrechts, die z.B. dem anspruchstellenden Patienten - wie im Haftungsrecht allgemein - das Risiko dieser anspruchs-

643) BVerfGE 9, S. 124 (130 f.); BVerfGE 26, S. 66 (71); BVerfGE 35, S. 348 (355); BVerfGE 38, S. 105 (111). Dies folgt im übrigen auch schon bereits aus Art. 103 Abs. 1 GG.

644) BVerfGE 21, S. 139 (145 f.).

begründenden Tatsachen auferlegt, nicht als verfassungswidrig angesehen werden. Ähnliches gilt für den Bereich der Produkthaftung. Hinzu kommt, daß oft beide Parteien eines Haftungsprozesses im Ergebnis vor ähnlichen Nachweisproblemen stehen werden, so daß dieses Kriterium auch von zweifelhaftem Wert ist, um aus ihm verfassungsrechtliche Folgerungen herleiten zu können, hinter der nicht selten letztlich nur eine bestimmte Haftungsideologie steht. Wenn wirklich ungeklärt bleibt, ob z.B. eine ärztliche Fehlbehandlung oder ein fehlerhaftes Produkt den Schaden verursacht hat, werden Arzt oder Produzent das Gegenteil wohl kaum leichter beweisen können als der Geschädigte. Eine dennoch auszusprechende Haftung scheint unter verfahrensrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen verfassungsrechtlich somit kaum zwingend begründbar.

3. Das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG

a) Verbindungslinien zur Beweislastfrage

Art. 103 Abs. 1 GG gewährt demjenigen, der von einer gerichtlichen Entscheidung betroffen werden kann, das Recht, sich zu dem streiterheblichen Sachverhalt und den streiterheblichen Rechtsfragen vor Erlaß der Entscheidung zu äußern, bindet unmittelbar den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Verfahrensordnungen und den Richter bei der Verfahrensleitung und Handhabung des Verfahrensrechts[645]. Dieser darf seine Entscheidung nicht auf

645) Vgl. nur Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86), Art. 103 Rdn. 11, 28 ff.; zu weiteren Ausprägungen des Art. 103 Abs. 1 GG, die sich teilweise mit dem Gebot der "Waffengleichheit" überschneiden s.o.S. 259 f. m.w.N. Aus der neueren Rspr. vgl. BVerfGE 58, S. 353 (356) = NJW 1982, S. 30 ff.; BVerfG NJW 1982, S. 1453 ff.

Tatsachen stützen, zu denen sich die Parteien nicht äußern konnten. Arndt folgert aus seiner Interpretation des Art. 103 Abs. 1 GG, daß dieses Grundrecht die Gesetzgebung binde, indem es belastende Beweisvermutungen mindestens weitgehend ausschließe, da sie bedeuteten, daß der Beteiligte insoweit kein Gehör finden würde. Zulässig blieben gesetzliche Vermutungen zu Lasten der öffentlichen Hand, weil dem Staate, soweit er nicht Fiskus sei, keine Grundrechte zuständen[646]. Auch den Grundsatz "in dubio pro reo", der nicht nur für das Strafrecht Bedeutung habe, sieht Arndt in Art. 103 Abs. 1 GG verwurzelt. Ausstrahlungswirkung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs sei ferner, daß kein Mensch von vorneherein als unglaubhaft abgewertet werden und deshalb durch die öffentliche Gewalt nicht belastet werden dürfe, ohne daß ihm die sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Beschwerde nachgewiesen seien[647].

b) Stellungnahme

Entgegen der ohne Widerhall[648] gebliebenen Ansicht von Arndt kann dem Verfassungsgebot der Gewährung rechtlichen Gehörs kein prägender Einfluß auf die Beweislastverteilung und insbesondere nicht das Verbot von gesetzlichen widerleglichen Vermutungen zu Lasten des Bürgers entnommen werden. Die Frage, wie am Ende eines Prozesses bei ungeklärtem Sachverhalt entschieden werden soll, wenn sich also das Gericht nach Anhörung der Parteien und gegebenenfalls nach Vornahme einer Beweisaufnahme nicht

---

646) Hierzu und zum folgenden Arndt A., Das rechtliche Gehör, NJW 1959, S. 6 (7).

647) Arndt stützt u.a. darauf seine Auffassung, daß nicht der Wehrdienstverweigerer seine Gewissensnot, sondern der Staat beweisen müsse, daß die vorgetragenen Gewissensgründe nicht ernsthaft seien. Vgl. hierzu im einzelnen Arndt A., a.a.O. (Fn. 86), JZ 1960, S. 273 ff.

648) Dies bezieht sich auf die Argumentation zu Art. 103 Abs. 1 GG. Dagegen ist die Kritik an "belastenden Beweisvermutungen" und einer den Bürger treffenden Beweislast, wie dargelegt, weit verbreitet.

davon überzeugen konnte, ob die tatsächlichen Voraussetzungen eines Tatbestandsmerkmales vorliegen oder nicht, schränkt die Möglichkeit der Parteien, und auch des Bürgers, nicht ein, Tatsachen vorzutragen und zu den entscheidungserheblichen Fragen des Prozesses Stellung zu nehmen. Allein hierauf kommt es für die Frage der Gewährleistung des rechtlichen Gehörs an und nicht, ob dieses Vorbringen im Ergebnis dazu ausgereicht hat einen Prozeß zu gewinnen. Auch bei einer Beweislastentscheidung, die nach den auf der Abwägung der von den betroffenen Individual- und Gemeinschaftsinteressen beruhenden Beweislastnormen zu fällen ist, bleibt somit das rechtliche Gehör gewahrt, selbst wenn sie zu Lasten des Bürgers geht, der seine Rechtsposition nicht durchsetzen konnte, obwohl sie ihm "in Wahrheit" zugestanden hätte. Die gesetzliche, materiell-rechtliche Güterabwägung für diesen besonderen Fall berührt Art. 103 Abs. 1 GG nicht. Der Ansicht von Arndt ist daher schon vom Ansatz her nicht zu folgen. Soweit überhaupt zum Verhältnis zwischen Beweislastregelung und Art. 103 Abs. 1 GG Stellung genommen wird, wurde sie zu Recht abgelehnt[649]. Arndt überspannt das Gebot des Art. 103 Abs. 1 GG und verkennt ferner, daß das Problem der Regelung der Beweislast verfassungsrechtlich nicht auf der Ebene formaler, verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien zu lösen ist, sondern auf der Ebene der materiellen Güterabwägung. Im Grunde genommen geht es ihm bei seiner Ansicht von der Ausstrahlungswirkung des Art. 103 Abs. 1 GG auf die Beweislastregelung darum, den Grundsatz "in dubio pro libertate"

---

649) Vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 86), Art. 103 Rdn. 73; Habscheid W.J., Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, in: Festschrift für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, S. 355 (373 f.); Ule Ch., Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, S. 537 (543). Das BVerfG hat auch in neueren Entscheidungen bestätigt, daß der Kern des Art. 103 Abs. 1 GG darin besteht, daß sich eine Partei zur Sach- und Rechtslage äußern kann, das Gericht davon Kenntnis nimmt und das Vorbringen mit in Erwägung zieht, die nähere Ausgestaltung aber den Verfahrensordnungen überlassen bleiben müsse; vgl. Fn. 645.

für die Determinierung der Beweislastfrage, insbesondere im Falle der Anerkennung von Kriegsdienstverweigerern, verfassungsrechtlich zu begründen. Dieser Auffassung kann aber aus den bereits dargelegten Gründen nicht gefolgt werden[650]. Erst recht läßt sie sich nicht aus Art. 103 Abs. 1 GG herleiten.

4. Zum Grundsatz "in dubio pro reo" in Verbindung mit Bußgeldtatbeständen

a) Verbindungslinien zur Beweislastfrage

Häufig werden gesetzliche Gebote und Verbote mit Ordnungswidrigkeitstatbeständen kombiniert, um der Einhaltung ihrer Anordnungen mehr Nachdruck zu verleihen als dies der Fall wäre, wenn die Verwaltung lediglich auf den Weg der oft umständlichen und langwierigen Verwaltungsvollstreckung verwiesen bliebe. Dabei sind zwei Regelungstechniken zu unterscheiden. Zum einen kann eine Ge- oder Verbotsnorm so ausgestaltet sein, daß ein Verstoß gegen sie nicht nur zum Erlaß einer Verwaltungsverfügung ermächtigt, sondern auch unmittelbar bußgeldbewehrt ist. Zum anderen kann der Bußgeldtatbestand an die Zuwiderhandlung gegen eine unanfechtbar gewordenen Verfügung geknüpft werden. Im Bereich des GWB finden wir dafür anschauliche Beispiele in den §§ 38 ff. GWB, die sich mit den Ordnungswidrigkeiten befassen. So handelt z.B. ordnungswidrig, wer sich vorsätzlich oder fahrlässig nach § 38 Abs. 1 Nr. 2 GWB über die Unwirksamkeit eines Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt, den die Kartellbehörde nach § 22 Abs. 5 GWB durch eine unanfechtbar gewordene Verfügung für unwirksam erklärt hat, oder wer nach

650) Sehr deutlich mit Hinweis auf die st. Rspr. hebt das BVerfG hervor (NJW 1982, S. 1453), Art. 103 Abs. 1 GG biete keinen Schutz dagegen, daß das Gericht das Vorbringen der Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts ganz oder teilweise unberücksichtigt lasse. Vgl. hierzu auch BVerfGE 9, S. 95 f.; E 21, S. 191 (194); E 36. S. 92 (97).

§ 38 Abs. 1 Nr. 4 GWB einer unanfechtbar gewordenen Verfügung der Kartellbehörde zuwider handelt, die auf § 22 Abs. 5 GWB gestützt ist und ausdrücklich auf diese Bußgeldvorschrift verweist. Demgegenüber handelt - unabhängig von einer Verbotsverfügung - nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig einem Verbot des § 26 GWB zuwiderhandelt.

Verbindungslinien zur Beweislastfrage bestehen nun darin, daß die jeweilige Beweislastregelung der Ge- oder Verbotsnorm, auf die sich die Bußgeldbestimmung bezieht, nicht nur für die Verwaltungsverfügung und insbesondere deren gerichtliche Überprüfung, sondern auch für den Erlaß eines Bußgeldbescheides von Bedeutung ist. Eine den Bürger belastende Beweislastnorm oder gesetzliche widerlegliche Vermutung führt dann dazu, daß ein Bußgeldbescheid auch dann erlassen werden kann, wenn fraglich bleibt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen der Ge- oder Verbotsnorm erfüllt sind. Dies könnte unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten Bedenken hervorrufen, da der als verfassungsrechtlich verankert angesehene Rechtssatz "in dubio pro reo"[651] nicht nur für Tatbestände des Strafrechts, sondern auch für solche des Ordnungswidrigkeitsrechts grundsätzlich gilt[652].

Daraus wurde speziell für die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB überwiegend gefolgert, daß diese nicht im Rahmen des Diskriminierungsverbots des § 26 GWB, der ja unmittelbar nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB bußgeldbewährt ist, zur

---

651) Siehe hierzu bereits oben S. 57, 70 f. m.w.N.

652) Vgl. nur BVerfGE 9, S. 167 (169); hierzu s.o.S. 158 ff.

Anwendung kommen dürften, weil dies gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" verstoße, der eine Bestrafung eines Vermutungstäters verbiete, auch wenn es sich "nur" um Ordnungswidrigkeiten handele[653]. Teilweise wird auch allgemein und ohne nähere Differenzierung zwischen einem bußgeldbewehrten Verstoß gegen einen Verbotstatbestand und eine Verbotsverfügung die verfassungsrechtliche Frage gestellt und anhand der Kriterien der Entscheidung des BVerfG[654] beantwortet[655]. In dieser Entscheidung hat das BVerfG zum Ausdruck gebracht, daß der Grundsatz "in dubio pro reo" zwar grundsätzlich rechtsstaatlichem Denken entspreche und die Tatsache, daß die Ordnungswidrigkeit nicht kriminelles Delikt, das Bußgeldverfahren kein Strafverfahren sei, nicht ausreiche, um eine Abweichung von dem Grundsatz der Unzulässigkeit von Schuldvermutungen zu rechtfertigen, aber trotzdem - aus den bereits dargelegten Gründen[656] - ausgeführt, daß die Regelung des § 23 WiStG 1949 nicht noch nachträglich insoweit für verfassungswidrig erklärt zu werden brauche, als sie dem Betroffenen einen Entlastungsbeweis aufbürde.

b) Stellungnahme

Die verfassungsrechtliche Beurteilung kann nicht den Unterschieden zwischen einem unmittelbaren Bußgeldtatbestand und einem Bußgeldtatbestand, der an eine Zuwiderhandlung gegen eine bestandskräftig oder rechts-

---

653) Siehe bereits oben S. 25 m.w.N.; 158 ff.

654) BVerfGE 9, S. 167 (169 ff.).

655) So Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 96 ff.; Raisch P., a.a.O. (Fn. 38), S. 26 (Fn. 57); Meier G., a.a.O., (Fn. 35), ZHR 145 (1981), S. 430; sehr unklar Kaiser J.H., a.a.O. (Fn. 81), WuW 1978, S. 360 f. zu den Vermutungen der 4. Kartellnovelle.

656) S.o.S. 158 ff.

kräftig gewordene Verwaltungsverfügung anknüpft, leugnen. Das rechtsstaatliche Gebot "in dubio pro reo", das vom Grundsatz her unumstritten ist und auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gilt, dessen Umfang aber in Einzelfällen, bei Strafverfolgungs- und Prozeßvoraussetzungen oder z.B. bei Maßregeln der Sicherung und Besserung oder Bewährungsprognosen unklar ist[657], wird zunächst nicht durch einen Bußgeldbescheid verletzt, der den Verstoß gegen eine unanfechtbar gewordenen Verfügung ahndet. Hier wird nicht dem Grundsatz "in dubio pro reo" möglicherweise zuwider ein Bußgeldbescheid erlassen oder gerichtlich bestätigt, der auf einem ungeklärten Sachverhalt beruht. Vielmehr liegt die Ordnungswidrigkeit in der dem Betroffenen nachzuweisenden Zuwiderhandlung gegen eine unanfechtbar gewordene Verfügung, mag diese auch auf einer Beweislastentscheidung zu Lasten des Betroffenen fußen. Im Bußgeldverfahren werden wegen der "Tatbestands- und Bindungswirkung"[658] des - auch des auf einer Beweislastentscheidung beruhenden - Verwaltungsaktes keine Ermittlungen zu dessen tatsächlichen Voraussetzungen erhoben. Es interessiert nur dessen Existenz, Inhalt und Umfang sowie die schuldhafte Zuwiderhandlung dagegen durch den Betroffenen. Es ist eine allgemein anerkannte Regelungsmethode des Gesetzgebers, sich die Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten in Sanktionsvorschriften zunutze zu machen. Der in einem wirksamen und unanfechtbaren Verwaltungsakt angeordneten Rechtsfolge ist nachzukommen, sogar unabhängig von etwaigen tatsächlichen und rechtlichen Mängeln. Ein unanfechtbarer Verwaltungsakt dient so in

---

657) s.o.S. 67 f. m.w.N.

658) Vgl. hierzu im einzelnen nur Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. I, 9. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1974, § 20 V, S. 92 ff.; vgl. auch Lorenz D., Die Folgepflicht gegenüber rechtswidrigen Verwaltungsakten und die Strafbarkeit des Ungehorsams, DVBl. 1971, S. 165 ff. Vgl. ferner Berg W., Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte unter besonderer Berücksichtigung des Wirschaftsverwaltungsrechts, WuW 1982, S. 169 ff.; aus der Rspr. z. B. BGHSt 23.5.86 ff.; BGH NJW 1980, S. 189 f.

erster Linie der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden und ist eine sichere Grundlage für das weitere Verwaltungshandeln, die Durchsetzung des Verwaltungsaktes im Wege der Verwaltungsvollstreckung sowie für ein etwaiges Bußgeldverfahren bei Zuwiderhandlung gegen die Verfügung. Wenn der Bürger meint, daß der Verwaltungsakt zu Unrecht ergangen ist, muß er sich mit den dafür vorgesehenen Mitteln wehren und gegebenenfalls Klage erheben. Wird die Klage rechtskräftig abgewiesen, steht fest, daß die Verfügung rechtmäßig ist. Das darin ausgesprochene Ge- oder Verbot ist zu befolgen und kann vollstreckt werden. Zuwiderhandlungen können, soweit sie bußgeldbewährt sind, geahndet werden, ohne daß die Frage der Rechtmäßigkeit der Verfügung im Bußgeldverfahren von der Verwaltung oder vom Gericht erneut zu prüfen ist. Bußgeldbewehrt ist nicht der Verstoß gegen den abstrakten Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage, auf der die behördliche Verfügung beruht, sondern die Zuwiderhandlung gegen die das Ge- oder Verbot auf den Einzelfall konkretisierende Verfügung, soweit sie unanfechtbar ist. Gerade darin unterscheidet sich diese Regelungstechnik, die im Hinblick auf den Rechtssatz "in dubio pro reo" - von den vereinzelt im Rahmen der Diskussion um die Vermutungen des GWB vertretenen Auffassungen[659] abgesehen - in der Rechtssprechung und im Schrifttum zu Recht keinen Bedenken ausgesetzt ist, entscheidend von der Normierung eines unmittelbar an eine Ge- oder Verbotsnorm anknüpfenden Bußgeldtatbestandes[660]. Im übrigen kann es verfassungsrechtlich auch nicht zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber, der dem

---

659) S.o.S. 25, 158 ff. u. 267 m.w.N.

660) Dies betonen besonders Börner B., a.a.O. (Fn. 38), S. 11; Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 78. Der Grund liegt letztlich darin, daß wegen der Tatbestands- und Bindungswirkung einer unanfechtbaren Verfügung ja gerade keine Beweislastentscheidung getroffen wird. Eine andere Frage ist es ferner, unter welchen Voraussetzungen eine Behörde zum Wideraufgreifen eines Verwaltungsverfahrens verpflichtet ist mit dem Ziel der Überprüfung ihrer Verwaltungsentscheidung. Darüber hinaus stellt sich hier das nicht weiter zu vertiefende Problem der Verhängung von Bußgeldern bei der

Bürger auch bei einem ungewiß gebliebenen Sachverhalt bestimmte Ge- oder Verbote durch einen Verwaltungsakt auferlegen darf, wenn dies unter Abwägung der davon betroffenen Individual- und Gemeinschaftsinteressen in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz geboten erscheint, nicht auch eine Zuwiderhandlung gegen eine solche Verfügung - wie bei sonstigen Verfügungen auch - mit einem Bußgeld ahnden darf, um die Einhaltung der Verfügung zum Schutze der dahinter stehenden Interessen im besonderen Maße sicherzustellen. Ein Verstoß gegen den Rechtssatz "in dubio pro reo" ist darin jedenfalls nicht zu erkennen.

Völlig anders liegt es dagegen im Falle eines unmittelbaren Bußgeldtatbestandes. Bußgeldbewährt ist hier der Verstoß gegen die Ge- oder Verbotsnorm. Das Bußgeldverfahren erstreckt sich auf die Ermittlung der tatsächlichen Voraussetzungen dieser Norm, die nicht bereits zuvor mittels eines Verwaltungsaktes nach vorherigem Verwaltungs- und gegebenenfalls Gerichtsverfahren unanfechtbar und verbindlich festgesetzt worden sind. Eine Beweislastentscheidung zu Lasten des Betroffenen würde dem Rechtssatz "in dubio pro reo" zuwiderlaufen, da ein Bußgeld verhängt würde, obwohl fraglich geblieben ist, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Bußgeldtatbestandes vorliegen. Anders als im Verwaltungsrecht, wo eine vielschichtige Interessen- und Güterabwägung die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer bestimmten Regelung selbst bei ungewissem Sachverhalt erfordern oder jedenfalls als verfassungsrechtlich zulässig erscheinen lassen, besteht eine klare Front zwischen Staat und Bürger im Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht, wo die mit einem Unwerturteil verbundene Sanktion für ein sozialschädliches Verhalten im Vordergrund steht, die in ihren Rechtsfolgen zu schwerwiegenden Eingriffen bis hin zur Existenzbedrohung führen

noch Fn. 660) Zuwiderhandlung gegen "offensichtlich" rechtswidrige oder rechtswidrig gewordenen Verwaltungsakte. Ein Berufen auf die Bestandskraft könnte insbes. dann rechtswidrig und ermessensfehlerhaft sein, wenn zuvor eine Beweislastentscheidung ergangen ist und die Verwaltung oder der Betroffene über neue, erfolgversprechende Beweismittel verfügt. Siehe auch Gerhards W., Die Strafbarkeit des Ungehorsams gegen Verwaltungsakte, NJW 1978, S. 86 ff.

kann und häufig auch wird.

Die Abwägung der von einer Beweislastentscheidung betroffenen Rechtsgüter schließen es regelmäßig aus, daß Sanktionen gegen einen möglicherweise "Unschuldigen" ergehen, und verbieten bloße Verdachtsstrafen. Daher müssen dem Betroffenen Tat und Schuld eines Straftatbestands und auch einer Ordnungswidrigkeit nachgewiesen werden. Nur der Nachweis rechtfertigt die Sanktion.

Andererseits ist bereits dargelegt worden, daß der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht ausnahmslos gilt und sein Umfang unklar wird, soweit es sich um (Straf-)Tatbestände handelt, die aus dem eigentlichen Verbotsbereich herausgenommen und von der Schuld des Täters gelöst sind[661]. Bei Ordnungswidrigkeiten scheinen "Ausnahmen" in noch größerem Umfang zulässig zu sein, da, wie es das BVerfG ausgedrückt hat, der Schuldvorwurf hier die Sphäre des Ethischen nicht erreiche, dem Täter nicht Auflehnung gegen die staatliche Rechtsordnung in einem grundsätzlichen, mit fehlerhafter Persönlichkeitshaltung zusammenhängenden Sinne zur Last gelegt werde, demgemäß der Geldbuße der Ernst der staatlichen Strafe fehle und ein bloßer Ungehorsam gegen "technisches", zeit- und verhältnisbedingtes Ordnungsrecht der staatlichen Verwaltung vorliege, auf den diese mit einer scharfen "Pflichtmahnung" antworte; da der Bereich der sittlichen

---

661) S.o.S. 158 ff.; insbesondere Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 48 ff. u. S. 187 ff. Vgl. auch die vorsichtigen Formulierungen des BVerfG hinsichtlich der "Schuldvermutungen" in BVerfGE 9, S. 137 (145) u. S. 151 (169), wobei die weiteren Ausführungen allerdings wohl auf eine verfassungsrechliche Unzulänglichkeit hindeuten.

Persönlichkeit des Menschen überhaupt nicht berührt werde, scheide ein Verstoß gegen die Menschenwürde aus[662].

Ob dies zur Aufweichung des Rechtssatzes "in dubio pro reo" führen kann erscheint aber zweifelhaft. Immerhin schließt z.B. die gesetzliche Einordnung aller Kartellrechtsverstöße als bloße Ordnungswidrigkeiten nicht aus, daß die Sozialschädlichkeit dieser Verstöße als ebenso gravierend wie bei kriminellen Straftaten zu bewerten sind[663]. Ferner erweisen sich Kriminalunrecht und Ordnungsunrecht oft nicht als prinzipiell, sondern nur als graduell verschieden, so daß Ordnungswidrigkeiten gegenüber Straftaten lediglich als Ahndungsmittel für Fälle geringeren Unrechtsgehaltes angesehen werden[664]. Es liegt weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers, einen Sachverhalt als Kriminalunrecht oder Ordnungsunrecht zu bewerten, wie z.B. die Überlegungen zur Kriminalisierung des Kartellrechts deutlich zeigen[665]. Vor allem können auf der Rechtsfolgenseite hohe Geldbußen, wie sie z.B. im Kartellrecht verhängt werden können, in ihrer Wirkung als Übelzufügung einer "echten" Geldstrafe sehr nahe

---

662) BVerfGE 9, S. 151 (171); vgl. auch BVerfGE 9, S. 137 (154, 152).

663) Vgl. BVerfGE 45, S. 272 (290).

664) Vgl. BVerfGE 8, S. 197.

665) Selmer P., Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts, FIW-Schriftenreihe, Heft 76, Köln/Berlin/Bonn/München 1977.

kommen, so daß hinsichtlich der Anforderungen an die Ausgestaltung des Tatbestandes und der Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" eine unterschiedliche Betrachtung nicht angemessen wäre[666]. Das BVerfG hat denn auch in seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Vermutung des § 23 WiStrG den Ausnahmecharakter einer Entscheidung "in dubio contra rerum" betont[667]. Die Gründe, die das BVerfG dennoch dazu veranlaßt haben, der Verfassungsbeschwerde nicht stattzugeben, liegen in den Besonderheiten der Rechtsmaterie des Wirtschaftsstrafrechts, wobei vor allem dem Umstand eine ausschlaggebende Bedeutung zugekommen ist, daß das BVerfG die "Schuldvermutung" im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts gesehen hat[668]. Dieses kannte eine Vielzahl solcher aus praktischen Gründen gebotenen und im übrigen auch der Lebenserfahrung entsprechenden "Schuldvermutungen", im Strafrecht wie im Ordnungswidrigkeitenrecht. Diese wurden zwar aus rechtsstaatlichen Gründen im Laufe der Zeit abgeschafft, das BVerfG war aber der Ansicht, daß dies nicht bedeute, die früheren Fassungen geradezu als rechtsstaats- und daher verfassungswidrig bezeichnen zu müssen, weil bei ihrer Beurteilung nicht außer Betracht bleiben dürfe, daß es sich um eine überkommene, in der Verwaltungspraxis und von

---

666) Vgl. Raisch P., a.a.O. (Fn. 38), S. 26 (Fn. 57); dens. in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O. (Fn. 69), S. 395; dens. a.a.O. (Fn. 69), ZHR 128 (1966), S. 167 ff. (172). Ordnungswidrigkeiten, die z.B. nach § 38 Abs. 4 GWB mit Geldbußen bis zu einer Million Deutscher Mark und darüberhinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erzielten Mehrerlöses geahndet werden und Unternehmen an den Rand des Ruins bringen können, sind wohl kaum nur als bloßer Aufruf zur Pflichterfüllung anzusehen.

667) BVerfGE 9, S. 151 (170).

668) BVerfGE 9, S. 151 (172 ff.); vgl. auch BVerfGE 9, S. 137 (152).

den Gerichten als gültig behandelte, von der Rechtsgemeinschaft hingenommene und auch von Vertretern streng rechtsstaatlicher Auffassungen nicht mißbilligte Vorschrift gehandelt habe; eine Unvereinbarkeit mit den Prinzipien des Rechtsstaates ließe sich bei ihr nicht mit solcher Klarheit und Evidenz feststellen, daß sie für grundgesetzwidrig erklärt werden müsse[669].

Wenn das BVerfG 1959 unter Hinweis auf die frühere allgemeine Rechtsauffassung keine zwingenden Gründe dafür sah, die Vorschrift des § 23 WiStG 1949, die seit dem Inkrafttreten des WiStG 1954 vom 9. Juli 1954[670] nicht mehr gilt, noch nachträglich für verfassungswidrig zu erklären, bedeutet dies aber nicht, daß dies auch für eine heute anzustellende verfassungsrechtliche Beurteilung angebracht ist. Es erscheint fraglich, ob das BVerfG nochmals dieselbe Entscheidung fällen würde, wenn es erneut über die Verfassungsmäßigkeit zu entscheiden hätte. Die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit von "Vermutungstatbeständen" im Rahmen von Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbeständen hat sich allgemein zu Recht durchgesetzt und zur Abschaffung derartiger Regelungen geführt. Dies gilt erst recht, wenn es nicht darum geht, eine ältere und bereits aufgehobene "Schuldvermutung" nachträglich für verfassungswidrig zu erklären, sondern darum, daß der Gesetzgeber in einer Zeit, in der dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit anerkanntermaßen und vom BVerfG stets hervorgehoben eine besondere Bedeutung beigemessen wird[671], der Rechtsentwicklung und einer fortschreitenden rechtsstaatlichen Ordnung

669) BVerfGE 9, S. 151 (174).
670) BGBl. I S. 175.
671) S.o.S. 216 ff. m.w.N.

zuwider "Vermutungstatbestände" einführen würde. Es ist daher bedenklich, der Entscheidung des BVerfG Kriterien für die Zulässigkeit von den Bürger belastenden Beweislastregelungen in Ordnungswidrigkeitstatbeständen entnehmen zu wollen, wie dies teilweise und mit unterschiedlichem Ergebnis bei der Frage der Übertragbarkeit der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB auf das bußgeldbewehrte Diskriminierungsverbot des § 26 GWB vertreten wurde[672].

Wenn das BVerfG ferner ausführt, daß § 23 WiStrG kein ordnungswidriges Verhalten schlechthin vermute, die objektive Zuwiderhandlung gegen das gesetzliche Verbot zunächst nachgewiesen werden müsse, eine gewisse tatsächliche Vermutung dafür spreche, daß der Inhaber oder Leiter des Betriebes von ihr Kenntnis gehabt, sie mindestens durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht nicht verhindert, also ermöglicht und verschuldet habe, und es für den Inhaber oder Leiter leichter nachzuweisen sei, daß er das in seinem Betrieb Erforderliche veranlaßt habe, als der Verwaltungsbehörde zu beweisen, was in einem ihr zunächst fremden Betrieb hätte geschehen müssen[673], dann werden damit nicht etwa Kriterien genannt, bei denen stets vom Grundsatz "in dubio pro reo" abgewichen werden dürfte. Vielmehr sind dies Grundvoraussetzungen, die die Verschuldensvermutung nicht schon von vornherein als verfassungswidrig erscheinen ließen, weil von den Betroffenen etwas Unzumutbares verlangt würde und die Gründe für diese Vermutung auch plausibel

---

672) Unter Berufung auf BVerfGE 9, S. 151 ff. treten z.B. für eine Übertragbarkeit auf § 26 GWB ein: Benisch W., a.a.O. (Fn. 65), § 26 Rdn. 13; Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1972, S. 13 (Fn. 28); Michael E., Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB nach der 2. Kartellnovelle, Diss. 1974, S. 93 f.; vgl. ferner Meier G., a.a.O. (Fn. 35), ZHR 145 (1981), S. 430; für eine Übertragbarkeit auf § 26 GWB sprechen sich aus z.B. Emmerich V., a.a.O. (Fn. 35), S. 180; Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 97 f.; Weißenborn M., a.a.O. (Fn. 38), S. 86.

673) BVerfGE 9, S. 151 (170 f.); vgl. auch BVerfGE 9, S. 137 (152).

erscheinen[674]. Unter diesem Blickwinkel sowie wegen der geschichtlichen Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts und der früheren allgemeinen Rechtsauffassung, der nach heutigem Verständnis von Rechtsstaatlichkeit nicht mehr zu folgen sein dürfte, wurde dann die Verfassungsfrage entschieden.

Unabhängig davon sind die vorgenannten "Mindestvoraussetzungen" aber geeignet, Kriterien dafür aufzuzeigen, wann überhaupt eine den Betroffenen belastende "Nachweispflicht" mit entsprechender Beweislastregelung unter Berücksichtigung des Sphärengedankens im Ordnungswidrigkeitsrecht - von allem anderen einmal abgesehen - verfassungsrechtlich zulässig sein könnte. Es müßte zunächst ein objektiver Verstoß gegen die bußgeldbewehrte Ge- oder Verbotsnorm nachgewiesen sein, eine tatsächliche Vermutung für die Verantwortlichkeit des Betroffenen hinsichtlich dieses Verstoßes bestehen und die Tatsachen, die zu einer "Entlastung" von der vermuteten Verantwortlichkeit im konkreten Fall führen könnten, müßten allein aus der Sphäre des Betroffenen stammen und von diesem ohne weiters darzulegen sein.

Es geht bei den "Schuldvermutungen" mithin in erster Linie um die Aufklärung des Sachverhalts, damit die Ungewißheit überwunden und auf einer gesicherten Tatsachengrundlage eine richtige Entscheidung, und eben keine unbefriedigende Beweislastentscheidung, gefällt werden kann. Nur der wirklich "Verantwortliche" soll zur Rechenschaft gezogen werden. Wenn sich diese Ungewißheit aber auf den

---

674) Zu den von der Beweislastregelung zu trennenden Frage nach den rechtlichen Schranken des Gesetzgebers, dem Bürger die Lasten der Sachverhaltsaufklärung zur Entlastung der Verwaltung unter rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Gesichtspunkten aufzuerlegen vgl. BVerfGE 16, S. 194 (202); E 34, S. 71 ff.; E 26, S. 16 (36); E 37, S. 283 (286 ff.). Zu den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten, die von Kennzeichnungs-, Aufbewahrungs-, Anzeige- und Auskunftspflichten bis hin zur Pflicht zur Duldung von Durchsuchungen, Prüfungen und körperlichen Untersuchungen gehen vgl. Arbeiter H.-C., Die Durchsetzung gesetzlicher Pflichten, Berlin/München 1978, S. 16 ff.; Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 43 ff. u. 250 ff. jew. m.w.N. Zu den Rechten der Kartellbehörde vgl. Albrecht W., a.a.O. (Fn. 338), WuW 1982, S. 836 ff. m.w.N.

internen Geschäftsbetrieb des Betroffenen bezieht, ist die Verwaltung auf dessen Mitwirkung bei der Aufklärung des Sachverhaltes angewiesen. Die "Schuldvermutung" ist somit eine im Interesse einer Sachverhaltsaufklärung geschaffene Sanktion für eine nicht hinreichende Darlegung von Betriebsinterna[675]. Damit werden diese "Schuldvermutungen" aber gerade unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich, weil sie von dem Betroffenen oft eine Selbstbezichtigung verlangen, die dem Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht fremd ist[676]. Zudem verfügt der Staat über umfangreiche Möglichkeiten zur Sachverhaltsaufklärung bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten. Neben den Geschäftsunterlagen und Aussagen von Betriebsangehörigen und Geschäftspartnern kann auch das Verhalten des Betroffenen im Rahmen der Beweiswürdigung mit herangezogen werden. Kann sich aber das Gericht am Ende des Verfahrens unter Berücksichtigung des gesamten Verhandlungsergebnisses und trotz Bestehens einer "tatsächlichen Vermutung" nicht von der Kenntnis und der Verantwortlichkeit des Betroffenen hinsichtlich des Gesetzesverstoßes überzeugen, dann erscheint auch die Verhängung einer Ordnungswidrigkeit "in dubio pro rerum" als sehr fragwürdig[677]. Wenn es der Gesetzgeber für erforderlich hält, im Interesse der Sachverhaltsaufklärung "Nachweispflichten" zu normieren, mag er dies durch die Normierung eigenständiger Tatbestände tun, deren Nichterfüllung im Wege der Verwaltungsvoll-

---

675) BVerfGE 9, S. 151 (171); vgl. auch BVerfGE 9, S. 137 (152).

676) Vgl. allerdings BVerfGE 55, S. 144 ff. (Keine Verfassungswidrigkeit der Pflicht zur Vorlage von Geschäftsunterlagen zur Aufdeckung möglicher Ordnungswidrigkeiten).

677) Dies hat auch das BVerfG in seiner E 9, S. 151 (171 f.) erkannt, wenn es ausführt, es sei vom praktischen Standpunkt wichtig, daß bei Ordnungswidrigkeiten kein Verfolgungszwang bestehe und es dadruch möglich sei, Härten zu vermeiden, die sich bei einer Abweichung von dem Grundsatz "in dubio pro reo" aus dem Legalitätsprinzip ergeben könnten; die Verwaltungsbehörde sei, wenn dem Betroffenen der "Entlastungsbeweis" nicht voll gelinge, nicht genötigt, eine Geldbuße festzusetzen. Die Korrektur soll also innerhalb einer pflichtgemäßen Ermessensentscheidung erfolgen.

streckung erzwungen und mit Bußgeldern, Strafsanktionen oder anderen belastenden Maßnahmen geahndet werden können[678]. Allein die "Beweisnot" der Verwaltung rechtfertigt jedenfalls keine Abweichung von dem Rechtssatz "in dubio pro reo" bei der Verhängung von Bußgeldbescheiden. Dem Verhalten des Betroffenen und seiner Einlassung kann lediglich im Rahmen der Beweiswürdigung indizielle Bedeutung zukommen, wie bereits dargelegt[679]. Eine "Beweislastumkehr" zu Lasten des Betroffenen wird wegen des reinen Sanktionscharakters einer Ordnungswidrigkeit, deren rechtsstaatliche Begründung allein in der Mißachtung eines gesetzlichen Ge- oder Verbotes liegt - ähnlich wie im Strafrecht - somit wohl nur für Umstände zulässig sein, die außerhalb des eigentlichen Ge- oder Verbotsbereiches liegen und von der Schuld des Betroffenen losgelöst sind[680]. Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit von Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen im Rahmen von Ordnungswidrigkeitstatbeständen führt - von der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung als "bloße Richtlinie für den Indizienbeweis" einmal abgesehen[681] - aber nicht zur Verfassungswidrigk[illegible]

---

678) Vgl. Berg W., a.a.O. (Fn. 1), S. 54 m.w.N. in Fn. 7[illegible]. Solche "Nachweispflichten" können allerdings selbst verfassungsrechtlich bedenklich sein; vgl. auch Fn. 673 u. 674.

679) So auch Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 46, für strafrechtliche "Schuldvermutungen", die er verfassungskonform als "bloße Richtlinie für den Indizienbeweis" auslegen will. Gleiches dürfte - jedenfalls aus heutiger Verfassungssicht - bei Ordnungswidrigkeiten gelten.

680) Für das Strafrecht vgl. insoweit Stree W., a.a.O. (Fn. 153), S. 48 f.

681) Hierzu vgl. Fn.679 . Rechtliche Auswirkungen hat eine solche "bloße Richtlinie" allerdings nicht, da sie die freie richterliche Beweis- und Verhandlungswürdigung und das Überzeugtheitsgebot des Gerichts weder aufhebt noch einschränkt. Die "Auslegung" dient mithin lediglich dazu, das Urteil einer Verfassungswidrigkeit zu vermeiden. Ob dabei aber die Grenzen einer den gesetzgeberischen Willen respektierenden Auslegung eingehalten bleiben, erscheint fraglich und wird vom Einzelfall abhängen.

der Beweislastnorm schlechthin, sondern "nur" zu deren Nichtanwendung im Bereich eines Bußgeldverfahrens. Soweit die Ge- oder Verbotsnorm als Ermächtigungsgrundlage für eine behördliche Maßnahme dient, unterliegt sie keiner Einschränkung durch den Rechtssatz "in dubio pro reo"[682]. Eine entsprechende verfassungsrechtliche Schranke nach dem Grundsatz "in dubio pro libertate" besteht nicht. Vielmehr beurteilt sich deren Zulässigkeit nach den sonstigen verfassungsrechtlichen Grenzen, denen der Gesetzgeber bei der Regelung der Beweislast unterworfen ist, die sich insbesondere aus der Abwägung der von der Beweislastentscheidung betroffenen Individual- und Gemeinschaftsgüter ergeben und im Gegensatz zum Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht auch den Bürger belastende Entscheidungen bei ungewissem Sachverhalt zulassen oder sogar erfordern, wie dies bereits dargelegt worden ist.

---

682) Vgl. für die Übertragung der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB auf das objektive Untersagungsverfahren nach § 26 Abs. 2 GWB die in Fn. 69 (S. 27) aufgeführte Rechtsprechung. Vgl. auch die mit der 4. GWB - Novelle lediglich für das Untersagungsverfahren nach § 37 a GWB eingeführte Vermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB; hierzu BR-Drs. 231/78, S. 16 u. 24 sowie Köhler H., Die Abhängigkeitsvermutung des § 26 Abs. 2 S. 3 GWB - Taugliches Mittel zur Erfassung von Nachfragemacht?, DB 1982, S. 313 ff.; Ulmer P., a.a.O. (Fn. 81), WuW 1980, S. 480 ff.; Schmidt K., a.a.O. (Fn. 81), ZRP 1979, S. 43 f. Ferner Ebel H.-R., a.a.O. (Fn. 81), DB 1980, S. 1110; Immenga U., a.a.O. (Fn. 35), § 22 Rdn. 89; Möschel W., in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981, § 26 Rdn. 79.

III. Zur besonderen verfassungsrechtlichen Problematik der Beweislast und gesetzlicher widerleglicher Vermutungen im technischen Sicherheitsrecht

1. Vorbemerkung und Ausgangspunkt

Das technische Sicherheitsrecht ist einer der Bereiche, in denen die Ungewißheitsproblematik oft besonders deutlich zum Vorschein treten kann. Bei der Regelung technischer und/oder sicherheitstechnischer Beschaffenheitsanforderungen bedient sich der Gesetzgeber oft allgemeiner Umschreibungen in der Form von Generalklauseln wie z.B. den "allgemeinen anerkannten Regeln der Technik" oder der "Baukunst", des "Standes der Technik" oder des "Standes von Wissenschaft und Technik"[683]. Es bleibt dann weiterhin die Frage offen, welche Anforderungen eine Anlage oder ein Gerät im einzelnen und im Einzelfall erfüllen muß, um den gesetzlichen Standards Genüge zu tun. Es besteht eine als höchst unbefriedigend empfundene "Ungewißheitsproblematik" sowohl auf der abstrakten Rechtsebene als auch auf der Ebene der Rechtsanwendung, bei der Frage also, ob z.B. eine bestimmte genehmigungsbedürftige Anlage genehmigt werden kann, weil sie dem "Stand der Technik"[684] oder dem "Stand von Wissenschaft und Technik"[685] entspricht, oder ob ein be-

---

683) S.o.S. 97 f. m.w.N.

684) Z.B. §§ 5 Nr. 2; 14 S. 2; 17 Abs. 2 Nr. 2; 22 Abs. 1, 2 BImSchG; 21 Abs. 1 PBerfG; § 4 BBahnG; § 22 Abs. 1 Nr. 4 LuftVG.

685) §§ 4 Abs. 1 Nr. 3; 5 Abs. 1 S. 2; 6 Abs. 2 Nr. 2; 7 Abs. 2 Nr. 3; 9 Abs. 3 Nr. 3 AtG.

stimmtes Produkt nicht vertrieben werden darf, weil es den "allgemeinen anerkannten Regeln der Technik"[686] widerspricht. Wo vieles unbestimmt und ungewiß bleibt, besteht zudem ein Problem der Rechtsunsicherheit und auch der allgemeinen Verunsicherung, die tendenziell die Möglichkeit von Streitpunkten schafft oder doch verstärkt. Dies hat wiederum zur Folge, daß nahezu zwangsläufig Verzögerungen bei der Planung, Genehmigung und Verwirklichung von Projekten eintreten, jede Verwaltungsentscheidung zudem gerichtlich und außergerichtlich angreifbarer wird mit all den bekannten volkswirtschaftlichen, gesellschaftspolitischen und rechtspolitischen Problemen. Gerade im technischen Sicherheitsrecht kommt daher der Frage nach der Konkretisierung der Sicherheitsanforderungen und des Nachweises der Einhaltung der geforderten Sicherheitsstandarts eine beonsere Bedeutung zu[687].

---

686) § 3 Abs. 1 GtA; hierzu speziell Backherms, J., a.a.O. (Fn. 211), S. 76 ff.

687) S. bereits oben S. 38 f. m.w.N.; zum technischen Sicherheitsrecht im Allgemeinen und zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren im Besonderen vgl. vor allem Lukes R., a.a.O. (Fn. 102), RTW-Bd. 22, S. 81 ff.; dens., a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 77 f.; dens., a.a.O. (Fn. 105), RTW-Bd. 20, S. 64 ff.; dens., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 28, 31 ff.; siehe ferner auch z.B. Nicklisch F., Wechselwirkungen zwischen Technologie und Recht, NJW 1982, S. 2633 ff.; Vieweg K., Antizipierte Sachverständigengutachten - Funktion, Verwertungsformen, rechtliche Bedeutung, NJW 1982, S. 2473 ff.; Ule C.H., Die Bindung der Verwaltung an die Immissionswerte der TA Luft, BB 1976, S. 446 ff. Zur Regelungsproblematik allgemein insbes. Lukes R., Die Regelung technischer Sachverhalte in der Rechtsordnung, in: Rechtliche Ordnung der Technik als Aufgabe der Industriegesellschaft, RTW-Bd. 22, Köln/Berlin/Bonn/München 1980, S. 81 ff.; ders., 150 Jahre Recht der technischen Sicherheit in Deutschland, a.a.O. (Fn.633).

2. Die Einbeziehung technischer Normen in die Rechtsordnung

Als eine Möglichkeit für den Rechtsanwender und Gesetzgeber zur erforderlichen Konkretisierung der in zahlreichen Gesetzen und Verordnungen allgemein umschriebenen Beschaffenheitsanforderungen für technische Anlagen und Geräte bietet es sich an, technische Normen meist privater Normungsorganisationen heranzuziehen, um auf deren Sachkunde zurückzugreifen, sich von umfangreichen, eigenen kaum zu bewältigenden und oft wenig sinnvollen Detailregelungen auf Gesetzesebene zu entlasten und so eine Verknüpfung zwischen Recht und Technik zu schaffen, die zu einem Mehr an Rechtssicherheit führt und zugleich ein Schritthalten der Rechtsordnung mit der sich oft rasch wandelnden wissenschaftlichen und technischen Standards gewährleistet.

a) Die Bedeutung von Generalklauseln

Eine Verknüpfung zwischen Recht und den "überbetrieblichen technischen Normen" kann bereits hergestellt werden, ohne daß eine Rechtsnorm auf eine bestimmte technische Regel oder auf bestimmte Regelwerke verweist oder diese inkorporiert. Allgemeine Verweisungen auf die "anerkannten Regeln der Technik" und vergleichbare Formulierungen[688] führen bereits dazu, daß technische Normen für den Konkretisierungs- und Rechtsfindungsvorgang nutzbar gemacht werden können.
Einigkeit besteht im Ausgangspunkt der Anerkennung der Bedeutung der überbetrieblichen technischen Normen, der Erforderlichkeit ihrer Einbeziehung in die Rechtsordnung und in der Erkenntnis, daß weder den Regelwerken

688) S.o.S. 97 f.; 280 f. m.w.N.

nicht-staatlicher Verbände und Ausschüsse noch einzelnen technischen Normen als solchen die Qualität von rechtlichen Normen zukommt[689]. Es ist aber in der Praxis eine erhebliche Unsicherheit in der rechtlichen Einordnung dieser "Normen" zu verzeichnen, die ihren Ausdruck in der Vielzahl der unterschiedlichen Qualifizierungen und verwendeten Begriffen findet. So wird im Zusammenhang mit technischen Regeln von Erfahrungssätzen, Richtlinien für die Ermessensausübung, antizipierten Sachverständigengutachten, "Bandbreitenkennzeichen", Beweislastregeln, widerleglichen oder sogar unwiderleglichen Vermutungen und Schutzgesetzen gesprochen[690].

---

689) Heute einhellige Meinung; s. nur Lukes R., Juristische und institutionelle Aspekte der Ausarbeitung von elektrotechnischen Normen in den Ländern des Gemeinsamen Marktes, in: Dokumentenmaterial der Studientagung über die Normung auf elektrotechnischem Gebiet, Brüssel 1966, S. 41 ff. (58, 216); dens., Urheberrechtsfragen bei überbetrieblichen technischen Normen - insbesondere DIN-Normen und VDE-Vorschriften -, Köln/Berlin/Bonn/München 1967, S. 8 m.w.N. in Fn. 7; dens., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 39;, dens., Vom Arbeitnehmerschutz zum Verbraucherschutz - Überlegungen zum Maschinenschutzgesetz, RdA 1969, S. 223; ferner Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 74 (Fn. 185); Marburger R., a.a.O. (Fn. 103), S. 330 ff.

690) Vgl. hierzu jew. m.w.N. Breuer R., a.a.O. (Fn. 102), AöR 101 (1976), S. 63 ff.; Ule H.C., a.a.O. (Fn. 687), BB 1976, S. 446 f.; Lukes R., a.a.O. (Fn. 689), insbes. VEnergR Bd. 23/24, S. 24. Aus den angegebenen Fundstellen, insbes. bei Lukes, werden auch die unterschiedlichen Bereiche (Haftungsrecht, Kaufrecht, Versicherungsrecht, Wettbewerbsrecht, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge im Verwaltungsrecht etc.), in denen sich technische Normen auswirken,und die vielschichtige Problematik dieses Themenkreises deutlich. Vgl. insoweit auch Lukes R., Namens- und Kennzeichenschutz für Technische Überwachungs-Vereine, Heidelberg 1972; dens., Die überbetriebliche technische Normung in den USA - Organisation, Staatlicher Einfluß, Beziehung zum Verbraucherschutz, DIN-Normenheft 11, Berlin/Köln/Frankfurt (a. M.) 1971, passim; dens., Überbetriebliche technische Normen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Der Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968, S. 145 ff.; dens., Untersuchungen der Bestimmtheitsanforderungen an

Richtiger Ausgangspunkt aller Überlegungen wird indes die Rückbesinnung darauf sein, daß - ohne besondere gesetzliche Anordnung - technische Normen als außergesetzliche Regeln nicht auf der Rechtsebene, sondern auf der Tatsachenebene ihren Stellenwert haben und dort - ebenfalls mangels gesetzlicher Anordnung - auch zu keiner Veränderung der abstrakten Beweislastregelung führen. Wie im Falle eines non-liquet zu entscheiden ist, bestimmen allein die jeweiligen - ausdrücklich oder nicht ausdrücklich normierten - Beweislastnormen. Eine Qualifizierung überbetrieblicher technischer Regeln als Beweislastregeln, widerlegliche oder gar unwiderlegliche Vermutungen kommt schon von daher - mangels gesetzlicher Anordnung - nicht in Betracht. Dabei würde man unabhängig von der Beweislastfrage dem in technischen Regelwerken angesammelten Erfahrungswert nicht hinreichen Rechnung tragen, wollte man überbetriebliche technische Normen lediglich zur Lösung des non-liquet nutzbar machen. Dies stände auch im Gegensatz dazu, daß technischen Regelwerken übereinstimmend vom Gesetzgeber wie von der Praxis, von der Verwaltung wie von den Gerichten eine besondere Autorität aufgrund des in den Regelaufstellungsgremien versammelten hohen Sachverstandes der beteiligten Kreise zukommt und diese Regeln daher als nahezu optimale Erkenntnisquellen für die Beurteilung der zu entscheidenden Fragen, z.B. der nach der Einhaltung der vom Gesetz geforderten unbestimmten Verhaltens- oder Beschaffenheitsanforderungen angesehen werden[691].

---

noch Fn. 690) Unfallverhütungsvorschriften unter Berücksichtigung des gesetzlichen Auftrages zum Erlaß von Unfallverhütungsvorschriften, ihrer Durchsetzbarkeit und Praktikabilität, Die Berufsgenossenschaft, Heft 10, 1973 (Sonderdruck).

691) Vgl. nur Breuer R., a.a.O. (Fn. 102), AöR 101 (1976), S. 46 ff. (80, 84); dens., Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG im Genehmigungsverfahren, DVBl. 1978, S. 28 ff. (35 f.); BVerwGE 55, S. 250 (256) = NJW 1978, S. 451 f. ; Berg W., Allgemein anerkannte Regeln der Technik im Verwaltungsprozeß, GewArch. 1978, S. 281 (283).

Richtigerweise wird den überbetrieblichen technischen Normen - ganz im Sinne ihres auch vom Gesetzgeber anerkannten und sich bewußt zunutze gemachten Stellenwertes sowie des Selbstverständnisses und der Qualifikation der Regelaufsteller - Bedeutung bereits bei der Überzeugungsbildung, der Beweiswürdigung, und nicht erst bei der Frage, wie bei einem non-liquet zu entscheiden ist, zukommen, indem die technischen Regeln dem Rechtsanwender Hilfestellungen im Rahmen des Überzeugungsbildungsprozesses geben, wie dies Erfahrungssätze und wissenschaftliche Erkenntnisse ansonsten auch tun[692]. Auf diese Weise könnte z.B. der Beweis für die Einhaltung der "allgemein anerkannten Regeln der Technik" dadurch erbracht werden, daß die für den zu entscheidenden Sachverhalt maßgeblichen überbetrieblichen technischen Normen beachtet worden sind. Die Praxis richtet sich ohnehin danach.

Ob allerdings die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, muß im Einzelfall und nach einer genauen Prüfung entschieden werden. Es ist bedenklich, wenn zu vorschnell und ungeprüft der (Anscheins-)Beweis der Identität von überbetrieblichen technischen Normen und den "anerkannten Regeln der Technik" als gegeben angesehen werden würde, wie dies allerdings in der Praxis nur allzu häufig der Fall ist[693]. Die durch die Regelwerke gebotene "Hilfestellung" bei der Feststellung dessen,

---

692) Berg W., a.a.O. (Fn. 689), GewArch. 1978, S. 282 f.; Breuer R., a.a.O. (Fn. 689), DVBl. 1978, S. 35; Lukes R., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 33 ff., 41 ff.; allgemein hierzu oben S. 142 ff.

693) Zu Recht kritisch Backherms J., a.a.O. (Fn. 104), JuS 1980, S. 13 f; Vieweg K., a.a.O. (Fn. 687), NJW 1982, S. 2474; vgl. auch Lukes R., a.a.O. (Fn. 692) u. Nicklisch F., a.a.O. (Fn. 687), NJW, S. 2636 ff.; dens., Technische Regelwerke - Sachverständigengutachten im Rechtssinne?, NJW 1983, S. 841 ff. Aus der Rspr. z.B. VGH Mannheim GewArch. 1980, S. 197 (201); VG Schleswig NJW 1980, S. 1296 ff.; OVG Münster NJW 1979, S. 772 f. Ferner Marburger P., Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, VersR 1983, S. 597 ff. m.w.N.

was als technische Regel anerkannt ist, wird oft mit dem pauschalen und undifferenzierten Hinweis auf die etwa "allgemeine Geltung" der Regeln in der Praxis und den "bewährten Sachverstand der beteiligten Technikerkreise", willkommen zur Erleichterung und Vereinfachung der Entscheidungsfindung angenommen, ohne weitere Untersuchungen darüber anzustellen, ob wirklich die Voraussetzungen gegeben sind, die an einen qualifizierten Erfahrungssatz zu stellen sind, der allein einen Anscheinsbeweis begründen kann. Eine pauschale Aussage, z.B. dergestalt, daß die Regelwerke in nahezu idealer Weise alle Voraussetzungen erfüllen, die an Erfahrungssätze zu stellen seien[694], ist insoweit gefährlich und verleitet zur unreflektierten Anerkennung eines Anscheinsbeweises mit der Folge, daß der Einfachheit halber und mit scheinbar guter Begründung bei der Rechtsanwendung "überbetriebliche technische Normen" und "anerkannte Regeln der Technik" als identisch behandelt werden. Daß dies zu einer falschen und gesetzeswidrigen Rechtsanwendung, insbesondere im Bereich des Verwaltungsrechts, führen kann und die Versuchung groß, ist dieser Gefahr zu erliegen, ist bereits an anderer Stelle als allgemeines Problem ausführlich dargelegt worden[695].

Im Zusammenhang mit überbetrieblichen technischen Normen wird wiederholt und mit Nachdruck darauf hingewiesen und vor einer unbesehenen Gleichsetzung oder quasi Gleichsetzung dieser Normen mit den "anerkannten Regeln der Technik" gewarnt[696]. Zu Recht bestehen Zweifel, ob

---

694) So. z.B. Berg W., Allgemein anerkannte Regeln der Technik im Verwaltungsprozeß, GewArch. 1978, S. 281 (283). Diese knappe Feststellung erstaunt angesichts seiner ansonsten sehr kritischen Stellungnahme zum System und zu den Voraussetzungen der Anerkennung von Erfahrungssätzen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, a.a.O. (Fn. 1), S. 96 ff.

695) S.o.S. 226 ff.

696) Lukes R., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 33 ff., 41 ff.; vgl. auch Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 74 f.; Lipps W., Herstellerhaftung beim Verstoß gegen "Regeln der Technik"?, NJW 1968, S. 279 f.; Nickusch K.-O., Die Normativfunktion technischer Ausschüsse und Verbände als Problem der

die für den Anscheinsbeweis erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, daß die in bestimmten Regelwerken enthaltenen technischen Normen mit den allgemeinen anerkannten Regeln der Technik zur Lösung eines Problems identisch sind. Unabhängig davon, daß die Beantwortung der Frage des Bestehens eines Anscheinsbeweises ersichtlich eine nähere Überprüfung der entsprechenden Normenwerke und der einzelnen technischen Normen und Regeln verlangt, was eingehende tatsächliche Untersuchungen voraussetzt und hier zu weit führen würde, und dies bereits einer pauschalen, ungeprüften "Übernahme" dieser Normen bei der Rechtsanwendung widerspricht, sind im übrigen auch eine ganze Reihe weiterer Gesichtspunkte erwähnenswert, die - jedenfalls bei einigen Regelwerken- das Bestehen eines Anscheinsbeweises infrage stellen. So enthalten die Regelwerke eine ganze Reihe von Normen, die keine "technischen" Normen sind, sondern Vorschriften z.B. kaufmännischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Art. Ferner gibt es Maßnormen, Planungsnormen und Verfahrensnormen, die mit den Regeln der Technik unmittelbar nichts zu tun haben[697]. Auch ist es bei der Dynamik und Schnelligkeit der fortschreitenden Technik und dem regelmäßig doch eine längere Zeit in Anspruch nehmenden Vorgang der Regelaufstellung bzw. -änderung leicht möglich, daß einzelne technische Normen schon sehr bald, jedenfalls aber nach einer geraumen Zeit überholt sind und nicht mehr dem Stand der Technik entsprechen[698]. Des weiteren können auch Normen erarbeitet und aufgestellt werden, die dann

---

noch Fn. 696) staatlichen Rechtsquellenlehre, Diss. München 1964, S. 212; Vieweg K., a.a.O. (Fn. 687), NJW 1982, S. 2474. Ferner s.o.Fn. 687 m.w.N.

697) Zu den unterschiedlichen Arten und Funktionen technischer Normen vgl. Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 45 ff., 247 ff.; Lukes R., a.a.O. (Fn.11), VEnergR Bd., 23/24, S. 34f.; zu den DIN-Normen vgl. insbes. Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 74 f. mit Beispielen.

698) Lukes R., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 34; Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 75 u. zur "Aktion der Uralt-Normen" S. 64 Fn. 112; vgl. aus der Rspr. z.B. OVG Münster DVBl. 1979, S. 316 (317).

weder in der Praxis eingeführt werden noch allgemeine Anerkennung finden [699]. Schließlich ist noch mit Lukes [700] zu überlegen, ob ein Anscheinsbeweis im übriger nur dann angenommen werden kann, wenn bestimmte Voraussetzungen an das die Regeln aufstellende Gremium im Sinne eines repräsentativen Querschnittes aller für die Anwendung der Regeln in Betracht kommenden Fachleute erfüllt sind, ein treffendes Argument, das bislang in der Diskussion viel zu sehr vernachlässigt worden ist. In diesem Zusammenhang wird dann auch die Gefahr einer einseitigen Interessenvertretung oder zumindest einer unausgewogenen Zusammensetzung der Mitglieder in den Regelaufstellungsorganisationen und -gremien als besondere Problematik durchaus gesehen [701], ohne die unbestrittenen und anerkannten Vorteile sowie die betriebswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Bedeutung der überbetrieblichen technischen Normung in Abrede stellen zu wollen [702].

Gerade wegen der vielen Unsicherheiten, die bei der Handhabung der überbetrieblichen technischen Normen auftreten, und der mangelnden rechtlichen Verbindlichkeit

---

699) Dies betont Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 75 unter Hinweis auf DIN 820 Blatt 1 Ziff. 61, nach der sich DIN-Normen als "anerkannte Regeln der Technik" erst einführen sollen.

700) Lukes R., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 36.

701) Vgl. Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 33 ff. m.w.N.; Lukes R., in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O. (Fn. 690), S. 160; Stefener W., DIN-Normen - Ihre Zulässigkeit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Münster 1970, S. 105; Brinkmann W., Die Verbraucherorganisationen in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Tätigkeit bei der überbetrieblichen technischen Normung, Köln/Berlin/Bonn/München 1976, S. 97 ff.

702) Dies näher auszuführen, würde hier zu weit führen; vgl. Lukes R., a.a.O. (Fn. 701), S. 150 m.w.N.; zur geschichtlichen Entwicklung, gegenwärtigen Struktur, wirtschaftlichen und sicherheitstechnischen Bedeutung ausführlich Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 179 ff. Ein umfassender Überblick zum Meinungsstand und zur Handhabung überbetrieblicher technischer Normen findet sich neuerdings auch bei Vieweg K., Atomrecht und technische Normung, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 413, Berlin 1982, S. 202 f.

dieser Normen, besteht das Bedürfnis nach einer stärkeren Einbindung dieser Regeln und Regelwerke in die Rechtsordnung. Ansonsten käme der Nutzen der Normung bei der Rechtsanwendung nicht über die Anerkennung eines Anscheinsbeweises hinaus, der bei nüchterner und kritischer Betrachtung dazu noch fraglich ist und weiterer Untersuchungen im Einzelfall bedarf. Die "Effizienz" wäre gering und hinge zudem vom Einzelfall ab, was dem Gedanken einer Vorhersehbarkeit der Entscheidung und dem Gebot der Rechtssicherheit zuwiderliefe.

b) Die verfassungsrechtliche Problematik von Verweisungen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen

Um überbetriebliche technische Normen über eine lediglich faktische Bedeutung im Rahmen eines Anscheinsbeweises bzw. bei der Beweiswürdigung allgemein hinaus enger, für den Rechtsanwender bindender und damit im Sinne der Rechtssicherheit vorhersehbarer in die Rechtsordnung einzubeziehen, gibt es verschiedene Möglichkeiten, unter denen auch gesetzliche widerlegliche Vermutungen gerade in neuerer Zeit diskutiert werden[703]. Die Palette reicht von der selteneren und schwerfälligeren **Inkorporation**[704] technischer Normen in einer Rechtsnorm **bis zur** häufigen und flexibleren Form der unmittelbaren Verweisung, bei der in einer Rechtsnorm auf bestimmte technische **Regeln** und Regelwerke verwiesen wird[705].

---

703) Zu den Regelungsmöglichkeiten allgemein vgl. Lukes R., a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 77 f.; dens., a.a.O. (Fn. 105), RTW-Bd. 20, S. 64 ff.; dens. a.a. O. (Fn. 102), RTW-Bd. 22, S. 91.

704) **Siehe hierzu** Lukes R., Dokumentenmaterial, a.a.O. (Fn. 689), S. 56 u. 216; Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 68; Hanning A., Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung, Köln/Berlin/Bonn/ München 1976, S. 64.

705) Siehe hierzu grundsätzlich Karpen H.-U., Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Diss. Berlin 1970, passim; Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 379 ff.; Backherms J. a.a.O. (Fn. 211), S. 68 ff., Ossenbühl F., Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, DVBl. 1967, S. 401 ff.

Während die Inkorporation verfassungsrechtlich unbedenklich ist, sind sich Rechtswissenschaft und Rechtsprechung der verfassungsrechtlichen Problematik von Verweisungen allgemein und insbesondere im Zusammenhang mit überbetrieblichen technischen Normen bewußt geworden, wobei in erster Linie die sogenannte dynamische Verweisung im Mittelpunkt stand[706) 707)]. Dabei wird allgemein zwischen einer dynamischen (auch antizipierte oder gleitende Verweisung genannt) und einer statischen (auch fixe oder starre) Verweisung unterschieden.

Bei einer statischen Verweisung verweist eine gesetzliche Rechtsnorm im Tatbestand auf eine oder mehrere bestimmte, zur Zeit der Normierung bestehende Regel(n) eines externen, d.h. vom Gesetzgeber zu unterscheidenden Regelaufstellers in ihrer genau bezeichneten Fassung[708)]. Da der Gesetzgeber in diesem Fall eine vorliegende, ihm be-

---

706) Für den Bereich der überbetrieblichen technischen Normen vgl. nur Lukes R., a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 77 f.; dens., a.a.O. (Fn. 687) Dokumentenmaterial, S. 56 u. 216; Marburger P., Dokumentenmaterial, S. 56 u. 216; Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 397 ff.; Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 68.

707) Neben Karpen H.-U., a.a.O. (Fn. 705) vgl. allgemein Ossenbühl F., Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisungen auf Nichtnormen, NJW 1979, S. 623 ff.; Hömig D., Zur Zulässigkeit statischer Verweisungen des Bundesrechts auf nicht normative Regelungen, DVBl. 1979, S. 307; Schenke W.-R., Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen, in: Verwaltung im Dienste von Wissenschaft und Gesellschaft, Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag, Berlin 1980, S. 87 ff.; dens., Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen, NJW 1980, S. 743 ff. jew. m.w.N. auch aus der Rspr.; vgl. insoweit z.B. BVerwG NJW 1962, S. 506 = DVBl. 1962, S. 137 (138); BVerwG NJW 1978, S. 1450 (1453); BayVGH GewArch. 1978, S. 189 (196 f.).

708) Z.B. § 35 h StVZO. Danach ist in Kraftomnibussen Erste-Hilfe-Material mitzuführen, das " den Normblättern DIN 13163, Ausabe März 1969 entspricht", in anderen Kraftfahrzeugen Material, das "mindestens dem Normblatt DIN 13164 Blatt 1 Ausgabe April 1968 entspricht"; hierzu Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 68, 71 (Fn. 147, 163).

kannte externe Normung mit seinen gesetzgeberischen Willen aufnimmt, ist die statische Verweisung grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich, wobei sich allerdings das Problem der Einhaltung der rechtsstaatlichen und von der Verfassung angeordneten Publikationserfordernisse stellt[709].

Bei der dynamischen Verweisung nimmt die verweisende Rechtsnorm auf den jeweiligen Stand des Verweisungsobjektes oder die jeweils geltende Fassung Bezug. Eine derartige Verweisung hat den Vorteil, daß die Rechtsnorm quasi automatisch der jeweiligen technischen Entwicklung angepaßt wird, ohne daß zuvor ein langwieriges und schwerfälliges Gesetzgebungs- oder Verordnungsverfahren durchlaufen werden müßte. Eine solche Methode wird aber nach allgemeiner Meinung als Umgehung des Art. 80 GG und wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip, die Gewaltenteilung und die ordnungsgemäße Publikation als verfassungswidrig angesehen[710].

Um sich auf der einen Seite die Vorteile einer dynamischen Verweisung dennoch nutzbar machen zu können, andererseits dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu entgehen, so wie schließlich um den Weg für andere technische Lösungsmöglichkeiten, die (noch) nicht in einer überbetrieblichen technischen Norm eingeflossen sind, und damit den technischen Fortschritt nicht zu behindern, wird als Regelungstechnik die Einführung von widerleglichen gesetz-

---

709) Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 69 ff. m.w.N.; ders., Unzulässige Verweisung auf DIN-Normen, ZRP 1978 S. 216 ; ferner Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 408 ff.; aus der Rspr. vgl. z.B. BVerwG NJW 1962, S. 506; BVerwG NJW 1978, S. 1450 (1453) = GewArch. 1978, S. 232 (235); BayVGH GewArch. 1978, S. 169 (196 f.); a.A. Staats J.-F., Zur Problematik bundesrechtlicher Verweisungen auf Regelungen privater Verbände, ZRP 1978, S. 59 ff., der derartige Verweisungen grundsätzlich für verfassungswidrig hält; dagegen die Erwiderung von Karpen H.-U., Zur Verweisung auf Regelungen privater Verbände, ZRP 1978, S. 151.

710) Statt vieler: Lukes R., a.a.O. (Fn. 690), BG Sonderdruck S. 13; ders. a.a.O. (Fn. 689), Dokumentenmaterial, S. 228; Ossenbühl F., a.a.O. (Fn. 705), DVBl. 1967, S. 402; Hanning A., a.a.O. (Fn. 704), S. 66; Brinkmann W., a.a.O. (Fn. 701), S. 60; Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 72; Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 405 ff.; jew. m.w.N.

lichen Vermutungen erörtert, wobei insbesondere Lukes bereits darauf hingewiesen hat, daß auch eine solche Lösung nicht ohne weiteres als verfassungsrechtlich unproblematisch angesehen werden könne[711]. Dem ist voll zuzustimmen.

Überwiegend scheint diese Problematik aber noch nicht hinreichend erkannt worden zu sein. Dies hat seinen Grund sicherlich zum einen darin, daß, wie bereits dargelegt[712], die verfassungsrechtliche Dimension von Beweislastfragen lange Zeit ohnehin nur begrenzt erkannt worden ist, und zum anderen, daß man meint, der Verfassungswidrigkeit einer dynamischen Verweisung bereits dadurch entgangen zu sein, daß man ihr die strenge Verbindlichkeit nimmt und sie "widerleglich" macht, indem man versucht, die "an sich unzulässige" dynamische Verweisung in eine gesetzliche widerlegliche Vermutung umzudeuten[713]. Als Beispiel sind hier insbesondere die Verweisungen des § 1 Abs. 2 der 2. DVO und § 1 der 4. DVO zum EnWG zu nennen, nach denen als anerkannte Regeln der Technik die Bestimmungen des Verbandes Deutscher Elektrotechniker (VDE)[714] bzw. die vom Reichswirtschaftsminister genehmigten Bestimmungen des Deutschen Vereins von Gas- und Wasserfachmännern e.V. (DVGW)[715] gelten und die überwiegend verfassungskonform als gesetzliche widerlegliche Vermutungen angesehen werden[716]. Wenn dadurch die verfassungsrechtliche Proble-

---

711) Siehe bereits oben S. 39 ff.; insbesondere Lukes R., a.a.O. (Fn. 105), atw 1980, S. 77 f.; ders., a.a.O. (Fn. 105), RTW-Bd. 20, S. 64 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 102), RTW-Bd. 22, S. 91 ; ders., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd., 23/24, S. 30.

712) S.o.S. 1 ff.

713) Vgl. Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 397.

714) 2. DVO zum EnWG v. 31.8.1937 (RGBl. I S. 628), betreffend elektrische Energieanlagen und Energieverbrauchsgeräte.

715) 4. DVO zum EnWG v. 7.12.1938 (RGBl. I S. 1732), betreffend Anlagen und Geräte zur Speicherung, zur Verteilung und zur Verwendung von Gas.

716) Zum Ganzen vgl. Lukes R., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 30 ff.; Marburger P., a.a.O. (Fn. 103), S. 395 ff.; Breuer R., a.a.O. (Fn. 102), AöR 101 (1976), S. 66; jew. m.w.N. auch zu anderen Auffassungen.

matik schon gelöst wäre, stände nichts im Wege, von vorneherein eine gesetzliche widerleglich Vermutung zu normieren.

So einfach liegen die Dinge aber nicht. Richtig ist zwar, daß eine gesetzliche widerlegliche Vermutung nicht den verfassungsrechtlichen Bedenken dynamischer Verweisungen, wie sie zuvor bereits kurz skizziert worden sind, unterliegt, weil bei dieser "Verweisung" mittels einer Vermutungsregelung der Inhalt eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals eben nicht bindend von einem außerstaatlichen, zur Gesetzgebung nicht legitimierten technischen Verbandes festgelegt wird und somit auch keine Preisgabe von Gesetzgebungsbefugnissen vorliegt. Es wird keine Identität zwischen Generalklausel und jeweiligen technischen Normen auf der Rechtsebene festgeschrieben, sondern es wird lediglich eine im Einzelfall stets überprüfbare, widerlegbare Identitätsvermutung für die Tatsachenebene aufgestellt.

Es bleibt aber - wie bei sonstigen Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen auch - zu prüfen, ob die Identitätsvermutung als solche verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Die verfassungsrechtliche Frage wird also nicht obsolet, sondern stellt sich unter diesem Aspekt von neuem. Dies leuchtet auch ohne weiteres ein, wenn man sich vor Augen führt, daß eine Identitätsvermutung erhebliche Auswirkungen auf die von dieser Regelung Betroffenen sowohl im zivilrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Bereich hat. Die Vermutung ist begünstigend für denjenigen, der sich bei der Frage der Erfüllung eines sicherheitstechnischen Standards-ob gegenüber einem Privaten oder gegenüber der Verwaltung-berufen kann, aber belastend für den, der dies nicht kann und dem dann "im Zweifel" eine behördliche Genehmigung versagt bleibt oder gegen den im Rahmen der Gefahrenabwehr eingeschritten werden kann. Darüber hinaus wirkt sich im technischen Sicherheitsrecht allgemein und speziell im Recht der genehmigungsbedürftigen Anlagen dieser Doppelcharakter einer Identitätsvermutung auch auf das Verhältnis zwischen Anlagenhersteller Anlagenbetreibern und die durch die Genehmigungsvoraussetzungen

geschützten Individual- und Gemeinschaftsinteressen aus, insbesondere, wenn es um Genehmigungsvoraussetzungen mit drittschützender Wirkung geht. Der auf einer Vermutungswirkung beruhende begünstigende Genehmigungsbescheid hat dann zugleich eine drittbelastende Doppelwirkung. Damit wird die verfassungsrechtliche Frage augenscheinlich, die nur unter Abwägung der von der Vermutung betroffenen Individual- und Gemeinschaftsinteressen differenziert beantwortet werden kann[717]. Konkret bedeutet dies, daß Identitätsvermutungen nur dann zulässig sind, wenn dadurch der Schutzzweck nicht gefährdet und der Staat hierdurch seiner Schutzpflicht gegenüber Leib, Leben und Eigentum Dritter genüge tut. Dabei wird weiter davon auszugehen sein, daß der Gesetzgeber eine Identitätsvermutung nur für solche überbetriebliche technische Normen und Regelwerke aufstellen darf, bei denen er neben anderen Kriterien vor allem im Hinblick auf das Regelaufstellungsverfahren und die Zusammensetzung der Regelaufstellungsgremien hinreichend sicher sein kann, daß der von ihm angestrebte Schutzzweck und die vorgegebenen Sicherheitsstandards durch die Normung erfüllt werden[718]. Um es einmal bewußt überspitzt auszudrücken, hätte wohl niemand einen Zweifel daran, daß z.B. eine Identitätsvermutung für elektronische Sicherheitsbestimmungen verfassungwidrig wäre, wenn sie - ob dynamisch oder statisch - auf Bestimmungen von Gas- und Wasserfachleuten, auf Vorschriften von Verbraucheror-

---

717) S.o.S. 191 ff.

718) Eine entsprechende Prüfung ist, unabhängig von einer Vermutungsregelung, stets bei der Frage der Übereinstimmung technischer Normen mit den gesetzlichen Sicherheitsstandards angezeigt. Vgl. Lukes R., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 33 ff., 36, 41 ff.; Nicklisch F., a.a.O. (Fn. 687), NJW 1982, S. 2639 ff, 2642 f. Siehe hierzu bereits oben S. 331 ff. m.w.N. Skeptisch hinsichtlich DIN-Normen z.B. Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 53 ff., 64, 74 f., hinsichtlich der KTA-Regeln Vieweg K., a.a.O. (Fn. 702), S. 239 ff. und hinsichtlich der TA Luft z.B. Backherms J., a.a.O. (Fn. 104), JuS 1980, S. 13 f.; Vieweg K., a.a.O. (Fn. 687), NJW 1982, S. 2474, 2476 m.w.N. in Fn. 7.

ganisationen oder auf Rationalisierungs- und Standardisierungsvereinbarungen Bezug nähme. Diese Beispiele sind zugegebenermaßen sicherlich übertrieben, verdeutlichen aber, daß es bei einer gesetzlichen Regelung, die den hohen Anspruch einer Identitätsvermutung mit all ihren weitreichenden rechtlichen wie tatsächlichen Folgerungen genügen will, entscheidend darauf ankommt, daß die die Regeln aufstellenden Gremien und das Aufstellungsverfahren auch wirklich so ausgestaltet sind, daß sie dem gesetzlichen Ziel und der damit verbundenen Tatsachenerwartung entsprechen. Insoweit ist mit Lukes[719] bei einer solchen Regelung zu fordern, daß das die Regeln aufstellende Gremium tatsächlich aus einem repräsentativen Querschnitt aller für die Anwendung der Regeln in Betracht kommenden Fachleute besteht, die Auswahlkriterien dies sicherstellen und insbesondere eine einseitige Interessenvertretung oder zumindest eine unausgewogene Zusammensetzung der Mitglieder vermieden wird[720]. Ferner müßten auch das Regelaufstellungsverfahren und die regelmäßige Überprüfung bestehender, möglicherweise veralterter Normen das gesetzgeberische Ziel sicherstellen. Auch eine staatliche Beteiligung bei der Regelaufstellung - möglicherweise mit Vorbehalts- oder Widerrufsrechten - könnte angezeigt sein, damit das öffentliche Interesse gegenüber den verschiedenen privaten Interessen gewahrt bleibt und der Staat auf das Regelaufstellungsverfahren Einfluß nehmen kann[721]. Dies bedeutet zugleich folgendes: je besser diese Anfor-

---

719) Lukes R., a.a.O. (Fn. 11), VEnergR Bd. 23/24, S. 36; Nicklisch F., a.a.O. (Fn. 657), NJW 1982, S. 2639; dens., a.a.O. (Fn. 663), NJW 1983, S. 874.

720) Hierzu und zum folgenden vgl. bereits oben S. 280 ff., insbes. Lukes R., a.a.O. (Fn. 660), Wettbewerb als Aufgabe, S. 160 ff.; Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 53 ff. m.w.N.

721) Zu Möglichkeiten - auch rechtsvergleichend - durch gesetzliche oder vertragliche Regelungen, private Regelaufsteller auf die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses ausdrücklich zu verpflichten, vgl. Lukes R., a.a.O. (Fn. 689), Dokumentenmaterial, S. 44; Backherms J., a.a.O. (Fn. 211), S. 56 f. m.w.N.; letzteren insbes. zum Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DIN Deutsches Institut für Normung e.V. vom 5.6.1975, abgedruckt in der Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 114 vom 25.6.1975.

derungen erfüllt und gesichert sind, desto größer wird auch die Annäherung der technischen Regeln an die normierten Sicherheitstandarts. Dies führt zur Verwirkliung auch des gesetzgeberischen Willens und damit zur Übereinstimmung zwischen Recht und Rechtswirklichkeit. Zugleich rechtfertigt sich die gesetzliche Rechtsfolgenanordnung, daß, solange nicht das Gegenteil festgestellt wird, bei der Rechtsanwendung von einer Übereinstimmung zwischen den gesetzlichen Sicherheitsstandards und den technischen Regeln auszugehen ist. Daher können nicht unbesehen gesetzliche widerlegliche Identitätsvermutungen propagiert oder gar normiert werden, ohne daß nicht zuvor die technischen Regeln selbst, die Regelaufstellungsgremien und -verfahren einer genauen Prüfung unterzogen worden sind. Gegebenenfalls sind diese zuvor zu ändern und dem gesetzgeberischen Ziel, auf das sie ausgerichtet sein müssen, anzupassen. Dies verlangt nicht nur die Plausibilität, sondern auch die Verfassung, die allein den Maßstab dafür setzt, ob und unter welchen Voraussetzungen im technischen Sicherheitsrecht Identitätsvermutungen mit gewichtigen Rechtsfolgen für die davon Betroffenen - im zivilrechtlichen wie im öffentlich-rechtlichen Bereich - aufgestellt werden können.

V. § 22 Abs. 3 GWB - eine verfassungswidrige Beweislastnorm?

Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß die vorliegende Untersuchung unter anderem durch die Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB angeregt wurde[722]. Daher soll zum Abschluß der Untersuchung diese Diskussion[723] nochmals aufgegriffen werden.

---

722) S.o.S. 7 ff.

723) S.o.S. 20 ff.

1. Zur verfassungsrechtlichen Kritik auf der Grundlage einer Überbewertung der Vermutungswirkung

Als Ausgangspunkt der Frage nach der verfassungsrechtlichen Problematik der Vermutungen ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und dem ganz überwiegenden Schrifttum festzuhalten, daß diese als gesetzliche widerlegliche Vermutungen zu qualifizieren sind, die den Untersuchungsgrundsatz des kartellbehördlichen Verfahrens und des Kartellbeschwerdeverfahrens nicht durchbrechen und im Falle des ungeklärten Sachverhalts bei Feststehen der Vermutungsbasis anordnen, daß so entschieden werden soll, als ob das betreffende Unternehmen marktbeherrschend ist[724]. Der BGH hat in diesem Sinne mit seinen Entscheidungen vom 21.2.1978 ("Kfz-Kupplungen") und vom 2.12.1980 ("Klöckner-Becorit") auch ein deutliches Vort gesprochen[725]. Dies bedeutet, daß die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB "lediglich" die materielle Beweislast modifizieren und insbesondere nicht zu einer Durchbrechung des Untersuchungsgrundsatzes führen.

Die Einordnung der Vermutungen in das ansonsten nicht in Zweifel gezogene Beweislastsystem unserer Rechtsordnung bedeutet, daß alle Argumente, die bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 22 Abs. 3 GWB den Vermutungen eine größere rechtliche Wirkung beimessen, als ihnen in Wahrheit zukommt, auf unzutreffenden Voraussetzungen aufbauen[726] und daher untauglich sind. Ob, unter welchen Voraussetzungen, in welchen Bereichen und mit welchen Einschränkungen der Gesetzgeber vom Untersuchungsgrundsatz abweichen darf, kann daher dahinstehen.

Den Kritikern der Vermutungsregelung ist allerdings - von allem anderen einmal abgesehen - sicherlich darin Recht zu geben, daß es in der Tat bedenklich wäre, Unternehmen

724) S.o.S. 16 ff. m.w.N.

725) BGH, Beschl. v. 21.2.1978 WuW/E BGH 1501, LS 1, 1502 f. = BGHZ 71, S. 102 (108); BGH, Beschl. v. 2.12.1980, WuW/E BGH 1749, LS 1, 1753 f. = BB 1980, S. 569 (571). Hierzu vgl. auch m.w.N. oben S. 18.

726) S.o.S. 23 ff., 112 ff., 137 ff., 220 f.

mit Beweisführungspflichten für Tatsachen zu belasten, die außerhalb ihrer Unternehmens- und Kenntnissphäre liegen, und Mißbrauchs- oder Untersagungsverfügungen mit der Begründung zu erlassen, die Unternehmen hätten den ihnen obliegenden Beweis nicht erbracht. Gerade dies ist aber, wie der BGH zur Recht hervorgehoben hat, bei den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB nicht der Fall.

Andererseits werden die Gefahren, daß die Vermutungen in der Praxis unzulässigerweise so gehandhabt werden, nicht verkannt. Die Kartellbehörden werden ihrem Verwaltungsauftrag entsprechend bestrebt sein, möglichst viele Unternehmen in die Mißbrauchsaufsicht einzubeziehen und die Wirksamkeit der Fusionskontrolle zu verstärken. Unter Schonung des eigenen und gemessen an ihren Aufgaben unzulänglichen Ermittlungsapparates werden sie "auf der Grundlage der Vermutungen" eher zur Feststellung einer Marktbeherrschung kommen als ohne sie, zumal ohnehin Unsicherheiten bei der Funktion und Bedeutung der Vermutungen im Verwaltungsverfahren bestehen, ein einheitlicher, gesetzlich fixierter Überzeugungsmaßstab fehlt und sich die Verwaltung dazu noch auf den mit den Vermutungen verfolgten Gesetzeszweck einer "Erleichterung der Feststellung der Marktbeherrschung" berufen kann[727]. Eine unzulässige, gesetzwidrige Verwaltungspraxis und die darauf beruhende Gefahr falscher, gesetzwidriger Entscheidungen begründet aber nicht die Verfassungswidrigkeit der Norm, die gesetzwidrig angewandt wird[728]. Dies zu rügen und abzustellen, ist zunächst Sache der Verwaltungsaufsicht, dann aber vor allem der eine Verwaltungsentscheidung überprüfenden Gerichte. Insoweit gilt dasselbe wie zum Beispiel bei Fragen der Überschreitung des Ermessensspielraums oder einer unrechtmäßigen Handhabung sonstiger materieller Tatbestände, wobei in diesem Zusammenhang nur an den Mißbrauchsbegriff erinnert

727) Hierzu oben S. 8 ff., 16 ff., 112 ff., 145 ff., 226 ff., 244 ff.

728) S.o.S. 226 ff., 244 ff.

werden soll[729].

2. Zur verfassungsrechtlichen Kritik im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip

Die Kritik an den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB, die sich im wesentlichen auf eine Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen beruft[730], kann sich also nicht auf eine durch die Vermutung bewirkte "Umkehr der Beweisführungslast" stützen, sondern "nur" auf eine Veränderung der materiellen Beweislast für die marktstarken Unternehmen, die die Vermutungsvoraussetzungen erfüllen, und mithin auf die hierdurch ermöglichte Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt. Die hierzu vorgetragenen Argumente, daß grundsätzlich bei belastenden Maßnahmen, wie sie Mißbrauchsverfügungen darstellen, die tatsächlichen Voraussetzungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden müßten, die Vermutungen auf einer nicht hinreichend gesicherten empirischen Grundlage beruhten, bei einer Beweislastentscheidung zu Lasten der Unternehmen die Gefahr einer "Fehlentscheidung" bestehe, gegen Unternehmen Mißbrauchsverfügungen ergehen könnten, die tatsächlich nicht marktbeherrschend seien, oder Fusionen verboten würden, obwohl durch sie keine Marktbeherrschung entsteht, eine unzulässige Gleichbehandlung zwischen marktbeherrschenden und nicht marktbeherrschenden Unternehmen vorliege und letztlich die Mißbrauchsaufsicht und die Fusionskontrolle

729) Vgl. zur Problematik der Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffs nur Langen, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 21), § 22 GWB Rdn. 90 ff. Ferner speziell zum Problem des Preismißbrauchs Lukes R., a.a.O. (Fn. 21), RTW-Bd. 13, passim; Salje P., a.a.O. (Fn. 21), Bd. 21 der Schriften zum Wirtschafts-, Handels-, Industrierecht, passim.; zum Mißbrauch im Bereich des § 103 GWB Lukes R., a.a.O. (Fn. 21), RTW-Bd. 15, S. 119 ff.

730) S.o.S. 23 ff.

unzulässigerweise und dem Gesetzessystem zuwider ausgedent würde[731], sind allerdings nicht begründet und beruhen auf einer verfassungsrechtlich verkürzten Sichtweise, die der eigentlichen Problematik nicht gerecht wird. Sie hat sich daher auch im Ergebnis zu Recht nicht durchgesetzt[732] und wurde von der Rechtsprechung nicht einmal erwähnt.

Der BGH hat es denn auch - wie die übrige Rechtsprechung- in den bereits zitierten Entscheidungen, in denen er sich mit der Bedeutung und Wirkweise der Vermutungen auseinandersetzen mußte, nicht einmal für nötig empfunden, zur verfassungsrechtlichen Kritik Stellung zu nehmen, und ist wie selbstverständlich von einer verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit ausgegangen[733]. Ganz in diesem Sinne ist auch die Tatsache zu werten, daß selbst von den betroffenen Unternehmen nicht einmal der Versuch gemacht wird und in den Verfahren verfassungsrechtliche Bedenken - soweit ersichtlich - kaum geltend gemacht werden[734].

Der Grund dafür, daß diese verfassungsrechtliche Kritik an den Vermutungen im Ergebnis unbegründet ist, liegt - abgesehen davon, daß oft nur sehr pauschal und lediglich schlagwortartig argumentiert wird - darin, daß die verfassungsrechtlichen Aussagen ihrerseits auf unzutreffenden, auch nicht näher begründeten Prämissen sowie einem einseitigen und falschen Vorverständnis bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Beweislastfrage beruhen. So gehen nahezu alle verfassungsrechtlichen Bedenken im Grunde genommen von der These aus, daß bei "belastenden Maßnahmen"

---

731) S.o.S. 23 ff. m.w.N.
732) S.o.S. 26, 15 m.w.N. in Fn. 35 - 38.
733) S.o.S. 18 ff., Fn. 40, 41.
734) S.o.S. 29, Fn. 77, 78.

Beweislastentscheidungen zu Lasten des Bürgers - sprich im Rahmen des § 22 GWB zulasten der Unternehmen - grundsätzlich rechtsstaatlich verboten oder zumindest äußerst bedenklich seien und allenfalls ausnahmsweise Vermutungsregelungen gestattet seien, die einen "typischen Sachverhalt" umschreiben und quasi als "kodifizierter Anscheinsbeweis" zu werten seien[735]. Eine nähere Begründung wird hierfür außer Hinweisen auf das Rechtsstaatsprinzip, den Grundsatz "in dubio pro libertate" und die Beweisnot der Unternehmen nicht gegeben.

An anderer Stelle ist aber bereits auf die Unhaltbarkeit des Absolutheitsanspruches der "Freiheitsvermutung" allgemein und vor allem etwaiger daraus abzuleitenden Folgerungen für die Unzulässigkeit von Beweislastregelungen eingegangen worden[736]. Des weiteren ist auch im einzelnen dargelegt worden, daß es verfassungsrechtlich weder geboten ist, Beweislastregelungen und -entscheidungen von einem Wahrscheinlichkeitsurteil abhängig zu machen, noch, daß gesetzliche widerlegliche Vermutungen auf einem "typischen Sachverhalt" einem "prima-facie-Beweis" oder einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit beruhen müßten[737]. Es ist vielmehr - verkürzt und zusammenfassend ausgedrückt - so, daß das Kriterium der Wahrscheinlichkeit bei der Regelung der Beweislast nur eines unter vielen ist und im Vordergrund die Abwägung zwischen den von der Beweislastentscheidung betroffenen Individual- und Gemeinschaftsinteressen steht

---

735) Vgl. bereits oben S. 21 ff., 219 f. m.w.N.; insbes. Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 201 u. WRP 1972, S. 13 f.; Knöpfle R., a.a.O. (Fn. 19), BB 1970, S. 723; Rittner F., a.a.O. (Fn. 48), S. 431; Kleinmann/Bechthold, a.a.O. (Fn. 19), § 22 Rdn. 115; vgl. auch Wirz H.B., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1975, S. 614 ff.; Ramrath St., a.a.O. (Fn. 37), FIW-Heft 84, S. 80; Emrich H., a.a.O. (Fn. 37), S. 94 und Huber U., a.a.O. (Fn. 37), S. 138 sehen die Vermutungen ohnehin als "Prima-facie-Regeln" an.

736) S.o.S. 186 ff., 236 ff. zur Problematik der "Freiheitsvermutung", S. 186 ff. zu den rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und dem Rechtsstaatsprinzip.

737) S.o.S. 222 ff.; vgl. auch S. 66 ff., 81 ff., 114, 117 124 ff.

- wie bei der materiellen Regelung auch, auf die sich die Beweislastnorm bezieht. Ebensowenig wie es verständlicherweise kein grundsätzliches Verbot für belastende Maßnahmen allgemein gibt, besteht ein solches für belastende Maßnahmen im Falle eines ungewissen Sachverhaltes. Es kommt vielmehr - wie stets - auf eine Interessensabwägung auf verfassungsrechtlicher Grundlage an, die nicht nur zur Zulässigkeit einer belastenden Maßnahme bei ungewissem Sachverhalt führen kann, sondern diese sogar als geradezu geboten erscheinen lassen kann[738].

Diese anhand der von der jeweiligen Beweislastentscheidung betroffenen Individual- und Gemeinschaftsgüter vorzunhmende Abwägung prägt die verfassungsrechtliche Beurteilung. Ist diese Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt materiell verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dann kann darin auch kein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip allgemein oder gegen rechtsstaatliche Verfahrensprinzipien gesehen werden[739]. Der für das Kartellverwaltungs- und -gerichtsverfahren nach§§ 54 u. 69 GWB geltende Untersuchungsgrundsatz bleibt erhalten, den Unternehmen werden durch die Vermutungen nicht unzumutbare "Entlastungsbeweise" aufgebürdet und es wird nach der gesetzlichen Regelung nicht kurzerhand eine - oft nicht vorhandene Marktbeherrschung- unterstellt und zur Grundlage eines Eingriffs gemacht[740]. Wäre es anders, dann verstießen die Vermutungen allerdings gegen das Rechtsstaatsprinzip und darüber hinaus auch gegen die von dieser Regelung betroffenen Grundrechte der Unternehmen. So aber sind diese verfassungsrechtlichen Bedenken

738) S.o.S. 188 ff., 199 ff.
739) Vgl. hierzu näher oben S. 216 ff.
740) S.o.S. 18 ff., 112 f.

gegen die gesetzlichen widerleglichen Vermutungen unbegründet.

Diese Bedenken bestehen indes zu Recht - und dies soll ausdrücklich hervorgehoben werden -, soweit es darum geht, eine unzulässige, gesetzeswidrige Handhabung der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB durch die Kartellbehörden aufzuzeigen und anzuprangern[741]. Diese Fragen, auf die auch bereits eingegangen worden ist, liegen aber auf einem anderen Gebiet und können die Verfassungswidrigkeit der Norm selbst nicht begründen[742]

3. Die verfassungsrechtlich entscheidende Frage

Mit dem zuvor festgestellten Ergebnis ist aber nicht schon umgekehrt die Verfassungsmäßigkeit der Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB gegeben. Ausgangspunkt einer verfassungsrechtlichen Beurteilung ist vielmehr die Beweislastentscheidung selber und damit die Eröffnung der Möglichkeit der Mißbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle auch über Unternehmen, bei denen nach Prüfung aller wettbewerbsrechtlich relevanter Umstände ungewiß geblieben ist, ob sie marktbeherrschend sind oder nicht, die aber die Voraussetzung der Vermutungsbasis erfüllen. Es stellt sich somit die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Regelung mit den von einer Beweislastentscheidung betroffenen Grundrechtspositionen der Unternehmen, die von der Vermutung erfaßt werden, wobei vor allem die durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Wirtschaftsfreiheit Maßstab der Prüfung ist[743].

---

741) Vgl. hierzu bereits oben S. 226 ff., 244 ff.; ferner siehe bereits oben S. 101 ff. u. 112 ff.

742) S.o.S. 231 ff.

743) Vgl. nur Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 39 ff. u. 94 f m.w.N.; Lerche/Degenhardt, a.a.O. (Fn. 70), S. 13 ff. ferner Getthold J., Zur verfassungsrechtlichen Diskussion der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschend Unternehmen, WRP 1978, S. 601 ff.; Lukes R., Preisvergleich..., a.a.O. (Fn. 21), S. 118 ff.; dens., Wet bewerb und Konzentration, a.a.O. (Fn. 70), S. 596 f.; Meier G., a.a.O. (Fn. 35), ZHR 145 (148), S. 416; Sal P., a.a.O. (Fn. 21),S. 83, Fn. 44. Daneben ist Art. 1 GG unabhängig von der Frage, ob er für die Wirtschaft freiheit von prägender Bedeutung ist, kein eigenständiger Prüfungsmaßstab, da die Eingriffstatbestände

Dabei ist zunächst davon auszugehen, daß die Verfassungsmäßigkeit der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und der Fusionskontrolle außer Streit ist. Es fragt sich somit letztlich, ob die durch die Vermutungen vorgenommen "Verschärfung" der bestehenden Eingriffbefugnisse noch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht. und durch sachgerechte und vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist. Daneben ist ferner Art. 3 Abs. 1 GG auf eine potentielle Gleichbehandlung marktbeherrschender und nicht marktbeherrschender Unternehmen und im Hinblick auf die Abgrenzung des Adressatenkreises der Regelung anzusprechen. Schließlich soll noch auf die Problematik der Bußgeldtatbestände eingegangen werden.

a) Vereinbarkeit mit der unternehmerischen Wirtschaftsfreiheit

Geht man einmal davon aus, daß der Gesetzgeber, dem bei der Regelung wirtschaftsüberwachender und -lenkenden Sachverhalte bekanntlich ein großer Ermessensspielraum zukommt[744], nicht gehindert wäre, die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen hinaus auf marktstarke Unternehmen auszudehnen oder den Begriff "Marktbeherrschung" so zu definieren, daß hierunter zum Beispiel auch Unternehmen fielen, die jetzt unter den § 22 Abs. 3 GWB fallen[745], dann wird deutlich, daß demgegenüber die "Vermutungslösung", die bei der Aufrechterhaltung des Untersuchungsgrundsatzes marktstarke Unternehmen lediglich dann der Mißbrauchsaufsicht unterstellt, wenn die Frage der Marktbeherrschung ungewiß bleibt - sie also weder festzustellen noch auszu-

---

noch Fn. 743) in denen die Vermutungen zur Anwendung kommen, keine generell enteignende Zielrichtung oder Wirkung haben.

744) Vgl. nur Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 34 ff. m.w.N.: ferner z.B. BVerfGE 4, S. 7 (15 ff.); E 14, S. 263 (275); E 25, S. 1 (12 f.); E 30, S. 250 (262 f.); E 39, S. 210 (225), E 41, S. 269 (283).

745) Vgl. hierzu im übrigen die Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffs gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB auf "überragende Marktstellungen"; s.o.S. 11.

schließen ist -, der weniger schwere Eingriff ist.

Dabei ist - und darauf hat besonders Möschel hingewiesen[746] - noch hervorzuheben, daß ja im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht die Rechtsfolge, die Unternehmen trifft, bei denen eine marktbeherrschende Stellung nicht auszuschließen ist, lediglich darin besteht, daß dem Kartellamt die Möglichkeit einer Beaufsichtigung im Hinblick auf mißbräuchliche Verhaltensweisen im Einzelfall eingeräumt wird. Es bleibt ja dabei, daß den Unternehmen jeweils im konkreten Einzelfall ein Mißbrauch ihrer Stellung nachgewiesen werden muß. Vergleichbares gilt für das Diskriminierungsverbot nach § 26 GWB. Unmittelbare Auswirkungen haben die Vermutungen hingegen bei der Anwendung im Rahmen der Fusionskontrolle. Hier ist ein Zusammenschluß zu untersagen, wenn nicht auszuschließen ist, daß durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder eine nicht auszuschließende marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens verstärkt wird. Somit wirkt sich das Eingreifen der Vermutungen unmittelbar auf die Rechtsfolge des Fusionsverbotes aus.

Die entscheidende Frage ist indes, ob der Gesetzgeber bei der Regelung einer wirksamen Kontrolle von Marktmacht und - dieser Kontrolle vorgelagert - präventiv bei der Regelung der Verhinderung der Entstehung und/oder Verstärkung von Marktmacht und damit bei der Verfolgung des allgemein anerkannten und als besonders wichtiger Belang der Allgemeinheit angesehenen Schutzzwecks der Sicherung einer dezentral gesteuerten und sich grundsätzlich durch den Wettbewerb selbst kontrollierenden Wirtschaftsordnung Eingriffmöglichkeiten auch dann schon vorsehen darf, wenn im Einzelfall fraglich bleibt ob tatsächlich eine marktbe-

746) Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 179 f.; zu § 24 GWB und § 26 GWB vgl. dens. S. 164 und S. 175.

herrschende Stellung gegeben ist oder nicht. Dabei muß man sich bewußt sein, daß in all den Fällen der Ungewißheit über die markbeherrschende Stellung das Risiko für die Wettbewerbsordnung unverkennbar und unbestreitbar ist. Dieses Risiko besteht darin, daß ein potentiell marktbeherrschendes Unternehmen ein als mißbräuchlich zu qualifizierendes Verhalten unbeanstandet weiterführen darf, oder ein Unternehmenszusammenschluß hingenommen werden muß, obwohl nicht auszuschließen ist, daß eine neue marktbeherrschende Stellung entsteht oder eine schon bestehende marktbeherrschende Stellung verstärkt wird. Dies ist die Problematik. Wir haben es also mit Gefahrenlagen für die Wettbewerbsordnung zu tun, bei der sich die Frage stellt, ob der Gesetzgeber untätig bleiben muß oder seine gesetzliche Regelung auch auf diese Gefahrenlage ausdehnen darf. Ebenso wie der Gesetzgeber eine wirtschaftliche Betätigung, den Bau oder das Betreiben einer Anlage vom Nachweis der Ungefährlichkeit abhängig machen kann, wenn die zu schützenden Rechte Dritter und der Allgemeinheit die grundrechtlich geschützten Rechte der Unternehmen überwiegen[747], wird er im Wettbewerbsrecht Untersagungsmöglichkeiten für einzelne unternehmerische Verhaltensweisen normieren dürfen, die Gefahren für den Wettbewerb und die Wettbewerbsordnung allgemein mit sich bringen. Insoweit kann durchaus bei den Vermutungen von Gefährdungstatbeständen gesprochen werden[748]. Um den Gefahren, denen durch die Mißbrauchsaufsicht, das Diskriminierungsverbot und die Fusionskontrolle begegnet werden soll, wirksamer als bisher begegnen zu können, wurden die Vermutungen ja auch eingeführt[749].

---

747) Vgl. zu diesen Abwägungen bereits oben S. 191 ff.

748) Das in den Vermutungstatbeständen zum Ausdruck kommende Gefährdungsmoment betont z.B. Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 178 ff. besonders.

749) S.o.S. 8 ff.

Allerdings ist es falsch, wenn hierzu erläuternd festgestellt wird, daß durch die Vermutungen der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung erleichtert werde. Hierauf ist bereits im einzelnen eigegangen worden[750]. Was erleichtert wird, ist die Möglichkeit eines Eingriffs gegenüber Unternehmen, die wegen des Erreichens der Vermutungsvoraussetzungen als zumindest marktstark anzusehen sind, und zwar auch für den Fall und - dies muß nochmals betont werden - ausschließlich nur für den Fall, daß trotz aller erforderlichen Untersuchungen von Amts wegen die Frage der Marktbeherrschung eines Unternehmens ungewiß bleibt. Das bestehende Risiko für den Wettbewerb und die Wettbewerbsordnung wird vom Gesetzgeber als so groß angesehen, daß für diesen Fall eine Eingriffsmöglichkeit geschaffen werden sollte. Nur wenn nachweisbar kein Risiko besteht, also festgestellt werden kann, daß die marktstarken und unter die Vermutungen fallenden Unternehmen nicht marktbehrrschend sind, sollen sie nicht von der Eingriffsnorm erfaßt werden - vergleichbar mit gesetzgeberischen Entscheidungen im Bereich der ordnungsrechtlichen Gefahrenabwehr, wenn der Bau oder Betrieb technischer Anlagen oder der Vertrieb technischer Geräte von der sicherheitstechnischen Unbedenklichkeit abhängig gemacht wird.

So gesehen kann in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Meinung nicht festgestellt werden, daß die Vermutungstatbestände übermäßig in die von den Grundrechten geschützte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der von ihr betroffenen Unternehmen eingreifen, zumal dem Gesetzgeber anerkanntermaßen bei der Regelung wirtschafts- und wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte ein weiterer Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt[751]. Die Einschränkung

---

750) S.o.S. 111 ff., 118 ff. u. 129 ff.

751) Hierzu allgemin z.B. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O. (Fn. 80), Art. 20 Rdn. 117; Scholz R., a.a.O. (Fn. 28) S. 34 ff. u. 92 ff. m.w.N.; Möschel W., a.a.O. (Fn. 24) S. 180; aus der Rspr. z.B. BVerfGE 25, S. 1 (12 f.); E 41, S. 269 (283), vgl. auch bereits oben S. 316 ff. u. 352 m.w.N. Diese Auffassung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des § 22 Abs. 3 GWB wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung im Ergebnis allgemein geteilt.

der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Unternehmen durch die Verbote der §§ 22, 24 und 26 Abs. 2 GWB erscheinen somit auch in Verbindung mit den Vermutungsregelungen durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt, weil bei Markt- und Unternehmensverhältnissen der in § 22 Abs. 3 GWB umschriebenen Art jedenfalls Gefahren im Hinblick auf die zu schützende Freiheit der Wettbewerbsprozesse bestehen.

Zudem - und gerade dies ist für eine Prüfung im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wichtig - wird eine marktbehrrschende Stellung der Unternehmen nicht einfach bei Erreichen der Vermutungskriterien unterstellt. Vielmehr müssen zunächst die Kartellbehörden aufgrund der ihnen von Amts wegen obliegenden Untersuchung aller wettbewerbsrelevanter Umstände im Sinne einer Gesamtprüfung zu dem Ergebnis kommen, daß eine marktbeherrschende Stellung nicht auszuschließen ist, und auch im gerichtlichen Verfahren entfaltet die Vermutung erst ihre Wirkung, wenn das Gericht nach der ihm obliegenden freien Beweiswürdigung des gesamten Verfahrensergebnisses eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens weder auszuschließen noch zu bejahen vermag[752]. Dies ist besonders hervorzuheben und unterscheidet die Vermutungstatbestände auch von weit belastenderen Regelungen, zum Beispiel in Form von unwiderleglichen Vermutungen oder einer Erweiterung der Definition des Marktbeherrschungsbegriffes in Richtung auf bestimmte Martanteile und Unternehmensgrößen - und selbst diese Regelungen werden nur schwerlich dem Verdikt einer Verfassungs-

752) S.o.S. 17 f., 124 f., 127f, insbes. die Rspr. des BGH; vor allem WuW/E BGH 1501, LS 1; 1502 f. ("KFZ-Kupplungen") = BGHZ 71, S. 102 (108) und WuW/E BGH 1749, LS 1, 1753 f. ("Klöckner-Becorit")= BB 1980, S. 569 (571).

widrigkeit unterliegen - ohne daß hierauf im Rahmen dieser Untersuchung näher eingegangen werden soll[753].

b) Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz

Mit der Zurückweisung verfassungsrechtlicher Einwände im Hinblick auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Unternehmen kann im Ergebnis eine Verfassungswidrigkeit der Vermutungen auch nicht mit einem Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG begründet werden. Die durch die Vermutungsregelung begründete Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt für die davon betroffenen Unternehmen und damit die Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen nicht unter § 22 Abs. 3 GWB fallenden Unternehmen findet ihre sachliche Rechtfertigung ja gerade darin, daß bei den Markt- und Unternehmensverhältnissen der in § 22 Abs. 3 GWB umschriebenen Art bei einer Untätigkeit der Kartellbehörde jedenfalls Gefahren im Hinblick auf die zu schützenden Wettbewerbsprozesses entstehen[754]. Rechtfertigen es vernünftige Gründe des Allgemeinwohls generell potentiell marktbeherrschende und zumindest marktstarke Unternehmen der Mißbrauchsaufsicht, dem Diskriminierungsverbot und der Fusionskontrolle zu unterwerfen, wenn eine Marktbeherrschung nicht auszuschließen ist, dann bleibt es letztlich dem Gesetzgeber überlassen, ab welchem Marktanteil und welcher Unternehmensgröße die kritische Grenze für Eingriffsmöglichkeiten auch bei ungewissem Sachverhalt überschritten ist.

Dabei ist sicherlich die Anknüpfung an das Strukturmerkmal relativer Marktanteile ein sehr "grobschlächtiges Ver-

---

753) Vgl. zu entsprechenden Überlegungen nur z.B. Ramrath St., a.a.O. (Fn. 37), S. 124 ff. zur Abkopplung des Fusionsbegriffs vom Marktbeherrschungsbegriff m.w.N.; Emrich H., a.a.O. (Fn. 37), S. 99 ff., 142 ff. zur gesetzlichen Fortentwicklung der Fusionskontrolle, m.w.N. Raisch P., a.a.O. (Fn. 38), S. 28, 40; Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 71 ff. zum englischen und zum amerikanischen Recht, das sich an schematischen Marktkriterien orientiert und mit "Per-se-Regeln", "quantitative substantially rules" und Marktanteilsbewertungen arbeitet.

754) Siehe zur Problematik des Art. 3 Abs. 1 GG allgemein oben S. 207 ff., 213 ff.

fahren"[755], und die Vermutungskriterien, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens gegenüber ersten Entwürfen verändert und herabgesetz worden sind, zeigen deutlich den Kompromischarakter dieser Lösung[756]. Sie sind daher denn auch dem Einwand mangelnder Plausibilität und einer gewissen "Willkürlichkeit" ausgesetzt gewesen, zumal eine Betrachtung monopolistischer Marktstrukturen zeigt, daß allein ein Marktanteil eines Unternehmens von 33% aller Erfahrung nach keine Marktbeherrschung für dieses begründet; entsprechende Zweifel bestehen an der Plausibilität der Oligopolvermutung[757]. Hierbei wird aber verkannt, daß - und darauf ist bereits mehrfach hingewiesen worden gesetzliche widerlegliche Vermutungen allgemein und die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB im besonderen nicht auf einem "kodifizierten Anscheinsbeweis" oder einer "überwiegenden Wahrscheinlichkeit" für das Vorliegen des vermuteten Tatbestandsmerkmals beruhen müssen. Daher geht auch die Argumentation, die Vermutungen führten zu einer ungerechtfertigten Gleichbehandlung von marktbeherrschenden und nicht marktbeherrschenden Unternehmen[758], von einem falschen Ansatz und von einer unzutreffenden Sichtweise der Bedeutung und Wirkung gesetzlicher widerleglicher Vermutungen aus und deren verfassungsrechtlicher Problematik aus.

755) Hierzu ausführlich z.B. Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 18 ff.

756) Vgl. die Begründung zum Entwurf vom 18.8.1971, BT-Drs. VI/2520, Art. I Zff. 6 (§22), die sich auf eine Marktanteilsschwelle bei Einzelunternehmen von 40% bezog, wobei keiner der Mitwettbewerber mehr als 10% Marktanteile besitzen durfte. Die Oligopolvermutung beruhte auf der Feststellung gleichförmigen Verhaltens mehrerer Unternehmen beim Fordern und Anbieten von Preisen über einen längeren Zeitraum. Auf diesen Entwurf beziehen sich auch die Untersuchungen von Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WuW 1970, S. 197 (199 ff.) u. Scholz R., a. a.O. (Fn. 28), S. 94 ff.

757) Zur Kritik an der in der Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs.VI/2520, S. 24 und im Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drs. 7/765, S. 6 zu findenden Aussage, daß beim Vorliegen der Vermutungen "mit hoher Wahrscheinlichkeit" das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung angenommen werden könne, vgl. besonders das bereits oben in Fn. 62 (S. 24) aufgeführte Schrifttum m.w.N.

Entscheidend ist vielmehr, ob vernünftige Gründe des Allgemeinwohls dafür sprechen, der Kartellbehörde die Möglichkeit einer Mißbrauchsaufsicht und einer Fusionskontrolle einzuräumen, auch wenn die Frage der Marktbeherrschung trotz der Untersuchung aller wettbewerbsrelevanten Umstände ungewiß geblieben ist, aber jedenfalls eine gewisse Marktmacht der unter die Vermutung fallenden Unternehmen feststeht und damit die Gefahr einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Wettbewerbsordnung bei einer Untätigkeit der Kartellbehörde nicht von der Hand zu weisen ist. Dies ist aber - wie dargelegt - bei den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB der Fall.

Dann kann aber auch nicht festgestellt werden, daß der Gesetzgeber den ihm auch im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG zustehenden Ermessensspielraum bei der Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte und Gefahrenlagen überschritten hat, selbst wenn man hinsichtlich der Plausibilität der Vermutungskriterien und der Abgrenzung der von der Vermutung erfaßten Unternehmen unterschiedlicher Meinung sein und den Kreis als zu weit oder zu eng gezogen ansehen kann. Man könnte sogar eine generelle "Beweislastumkehr" befürworten. Will man dies aber nicht, sondern ist man - auch unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes - bestrebt, die Eingriffsmöglichkeiten auch bei ungewissem Sachverhalt einzuschränken, dann bieten sich auch aus Gründen der Rechtssicherheit quantitative Größenmerkmale - hier Marktanteile in Verbindung mit Umsatzgrenzen - an, über die sich naturgemäß streiten läßt, die aber letztlich vom Gesetzgeber im Rahmen des ihm zustehenden Ermessenspielraums festgelegt werden müssen[759].

---

758) So vor allem Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1970, S. 201 u. WRP 1972, S. 13 f.

759) Raisch P., a.a.O. (Fn. 38, S. 28 meint daher zu Recht, daß die Einführung absoluter Größenmerkmale "immer in einer gewissen Weise willkürlich sei". Vgl. auch Möschel W., a.a.O. (Fn. 24), S. 18 ff. Dies führt allerdings nicht zum Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Vgl. auch Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 95. Nach

Dies ist auch bei § 22 Abs. 3 GWB erfolgt, ohne daß ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt werden könnte[760].

c) Zur Problematik der Bußgeldtatbestände

Die Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB wirken sich mittelbar auf die mit Geldbußen bewährten Ordnungswidrigkeitstatbestände des § 38 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4, Nr. 8 GWB aus. Damit ist die Frage der Vereinbarkeit belastender Vermutungen mit dem auch im Ordnungswidrigkeitsrecht geltenden Verfassungsgrundsatz "in dubio pro reo" angesprochen. Hierauf ist bereits ausführlich eingegangen worden[761], so daß zusammenfassend festgehalten werden kann, daß verfassungsrechtliche Bedenken lediglich gegenüber einer Anwendung der Vermutung im Rahmen des unmittelbar bußgeldbewehrten Verbotstatbestandes des § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 GWB bestehen. Während die anderen Bußgeldtatbestände die Mißachtung einer zuvor erlassenen, die gesetzliche Regelung konkretisierenden und mit dem rechtlichen Anspruch auf Befolgung ausgestatteten Verfügung sanktionieren und damit ein klar umrissener Verbotstatbestand vorliegt, dessen Voraussetzungen im Einzelfall nachgewiesen werden müssen, es also überhaupt keine Be-

---

noch Fn. 759) ständiger Rspr. des BVerfG verstößt der Gesetzgeber nicht schon dann gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn er unter mehreren Lösungen nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste gewählt hat, sondern vielmehr nur dann, wenn sich ein sachgerechter Grund für die Bestimmung nicht finden läßt. Aus neuerer Zeit z.B. BVerfG NJW 1981, S. 271.

760) So auch die allgemeine Meinung, wobei weder Schrifttum noch Rechtsprechung hierauf besonders und ausdrücklich eingehen. Daß der Marktanteil ein wichtiges und unter Umständen sogar allein ein ausschlaggebendes Kriterium für die Frage der Marktbeherrschung sein kann, ist unbestritten; vgl. nur z.B. Langen, Kommentar zum GWB, a.a.O. (Fn. 38), § 22 Rdn. 62 m.w.N.; instruktiv WuW/E BGH 1445, 1450 ("Valium") WuW/E OLG 2403, 2404 f. ("Fertigfutter"); zur Kartellamtspraxis s.o.S. 19 f. m.w.N.

761) Zu diesem Grundsatz allg. näher oben S. 57, 66 f. m.w.N.; speziell zur verfassungsrechtlichen Problematik oben S. 265 ff. Vgl. auch BVerfGE 9, 167 (169) - hierzu oben S. 158 ff. - u. BVerfGE 20, S. 323 (311).

weislastentscheidung zulasten der Unternehmen gibt und somit auch der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht berührt wird[762], ist ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB unmittelbar bußgeldbewährt, ohne daß es zuvor einer Kartellverfügung bedarf[763]. Ein Bußgeld könnte verhängt werden, obwohl fraglich geblieben ist, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Bußgeldtatbestandes wirklich vorliegen. Dies ist - anders als bei Verbotsverfügungen - wegen des im Bußgeldbescheid zum Ausdruck kommenden Unwerturteils für ein sozialschädliches Verhalten grundsätzlich als rechtsstaatswidrig anzusehen. Das Verhängen von Straf- und Bußgeldsanktionen gegen "Vermutungstäter" oder "potentiell Unschuldige" ist verfassungsrechtlich verboten[764]. Daher ist mit der allgemeinen Meinung von einer Unzulässigkeit der Anwendung des § 22 Abs. 3 GWB für das Bußgeldverfahren des § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB, nicht aber für das kartellrechtliche objektive Untersagungsverfahren auszugehen[765].

Mit Entschiedenheit ist daher der Ansicht entgegenzutreten, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG[766] ließen sich wohl auf § 22 Abs. 3 GWB gestützte Bußgeldbescheide nach §§ 38 Abs. 1 Nr. 8, 26 Abs. 2 GWB stützen[767]. Zum einen kann sich diese Auffassung jeden-

---

762) Vgl. hierzu näher oben S. 268 ff. m.w.N.

763) Hierzu näher oben S. 270 ff. m.w.N.

764) Vgl. vorige Fn.

765) S.o.S. 25 (Fn. 65), S. 27 (Fn. 69) und S. 279 (Fn. 682) m.w.N. zur Anwendung der Vermutungen im objektiven Untersagungsverfahren des § 26 Abs. 2 GWB.

766) BVerfGE 9, S. 151 (171); BVerfGE 9, S. 137 (152, 154).

767) Weißenborn M., a.a.O. (Fn. 38), Rdn. 52; Sack R., a.a.O. (Fn. 38), GRUR 1975, S. 517; Scholz R., a.a.O. (Fn. 28), S. 97 f.

falls heute nicht mehr auf die vorsichtigen Formulierungen des BVerfG aus dem Jahre 1959 berufen, daß über die nachträgliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer bereits außer Kraft getretenen Norm des Wirtschaftsstrafrechts von 1949 zu entscheiden hatte, zum zweiten deuten die Entscheidungsgründe auch mehr auf eine Unzulässigkeit von Vermutungsregelungen in Bußgeldtatbeständen unter Berücksichtigung der Entwicklungstendenzen des Rechtsstaatsprinzips hin, und zum dritten sind selbst die in der Entscheidung zum Ausdruck kommenden "Mindestvoraussetzungen", die an eine "noch" verfassungsmäßige Vermutungsregelung gestellt werden, bei den Vermutungen des § 22 Abs. 3 GWB nicht erfüllt[768]. Der Gesetzgeber hat aus dieser verfassungsrechtlichen Beurteilung die Konsequenzen gezogen, indem er bei der 4. Kartellnovelle mit dem neuen § 26 Abs. 2 S. 3 GWB eine weitere Vermutung beim Diskriminierungsverbot normiert hat, die aber lediglich für das Untersagungsverfahren gilt[769]. Damit hat sich zugleich gezeigt, wie wichtig die Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen Problematik von Beweislastnormen und gesetzlichen widerleglichen Vermutungen ist, um nicht nur bestehende Normen zu überprüfen, sondern auch den Gesetzgeber auf verfassungsrechtliche Grenzen aufmerksam zu machen und ihm andererseits verfassungsrechtlich zulässige und zum Teil sogar gebotene Möglichkeiten aufzuzeigen, sich des Mittels der Beweislastregelung und der gesetzlichen Vermutung bei der Gesetzgebung stärker als bisher

768) Vgl. näher oben S. 272 ff. Ebenso unter Hinweis auf BVerfGE 9, S. 151 ff.; Benisch W., a.a.O. (Fn. 65), § 26 Rdn. 13; Leo H.-C., a.a.O. (Fn. 19), WRP 1972, S. 13 (Fn. 28); Ernestus M., a.a.O. (Fn. 38), S. 93 f.

769) Vgl. hierzu BT-Drs. 231/78, S. 16 u. 24 sowie Köhler H., a.a.O. (Fn. 743), DB 1982, S. 313 ff.; Ulmer P., a.a.O. (Fn. 81), WuW 1980, S. 480 ff.; Schmidt K., a.a.O. (Fn. 81), ZRP 1979, S. 43 f.

bewußt zu werden und sich dieses im Interesse einer differenzierteren Regelung von Lebenssachverhalten unter Berücksichtigung der Ungewißheitsproblematik nutzbar zu machen.

Lebenslauf

Am 23.11.1950 wurde ich als Sohn der Eheleute Harry und Gisela Heinrich, geb. Friemel, in Hamm geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.
Von 1957 bis März 1961 besuchte ich in Hamm die Martin-Luther-Schule und anschließend ab April 1961 das Staatliche, altsprachliche Gymnasium Hammonense, an dem ich am 16.6.1970 die Reifeprüfung ablegte. Danach diente ich zwei Jahre bei der Bundeswehr in Ahlen/Westf. und Bremen. Als Leutnant der Reserve wurde ich entlassen. Vom Wintersemester 1972/73 an studierte ich Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 11.6.1977 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm ab. Anschließend war ich am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht bei Prof. Dr.Dr. Lukes als wissenschaftliche Hilfskraft/ wissenschaftlicher Assistent tätig. Parallel dazu trat ich ab November 1978 den Referendardienst an und legte die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf am 30.4.1981 ab. Seit Juli 1981 bin ich als Rechtsanwalt in Hamm tätig. Die Zulassung als Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Hamm erhielt ich im September 1982. Ich bin Mitglied der Anwaltspraxis Dr. Besselmann und Partner. Seit dem 5.8.1983 bin ich mit meiner Ehefrau Christel, geb. Bickmann, verheiratet. Unsere Tochter Alexa wurde am 13.2.1985 geboren.